

FRANZISKUS BAER

Staatliche Steuerung  
durch Nudging  
im Lichte der Grundrechte

*Studien und Beiträge  
zum Öffentlichen Recht*

61

---

**Mohr Siebeck**

Studien und Beiträge  
zum Öffentlichen Recht

Band 61





Franziskus Baer

Staatliche Steuerung  
durch Nudging im Lichte  
der Grundrechte

Mohr Siebeck

*Franziskus Baer*, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Staats-, Verwaltungs- und Steuerrecht der Freien Universität Berlin; 2021 Promotion (FU Berlin); Rechtsreferendariat am Kammergericht; Referent im Bundesministerium der Justiz.

ISBN 978-3-16-161267-1/ eISBN 978-3-16-161268-8  
DOI 10.1628/978-3-16-161268-8

ISSN 1867-8912 / eISSN 2568-745X (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

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

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://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 Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die Freie Universität Berlin hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2020/2021 als Dissertation angenommen. Sie wurde im Dezember 2020 fertiggestellt. Später erschienene Literatur konnte für die Drucklegung nur noch vereinzelt berücksichtigt werden.

Die Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl meines Doktorvaters, Prof. Dr. Markus Heintzen. Ihm gilt zunächst mein herzlicher Dank. Sein Rat, seine Unterstützung und stete Gesprächsbereitschaft sowie die Gewährung größtmöglichen wissenschaftlichen Freiraums haben die Entstehung der Arbeit ermöglicht und geprägt.

Prof. Dr. Johanna Wolff danke ich für wertvolle Gespräche und Anregungen sowie für die zügige Zweitbegutachtung der Arbeit.

Der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung danke ich für das Gewähren eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Die Entstehung der Arbeit wurde von zahlreichen Freundinnen und Freunden sowie Kolleginnen und Kollegen begleitet, denen ich zu Dank verpflichtet bin. Besonders hervorheben möchte ich Malte Büschen und Dr. Mariamo Ilal, die Teile des Manuskripts der Arbeit sorgsam und kritisch gelesen haben. Insbesondere Anne Diestelhorst, Dr. Jan-Ole Alpha und Dr. Lena Riemer haben die gemeinsame Promotions- und Arbeitszeit an der Freien Universität enorm bereichert.

Der größte Dank gebührt Juli für all ihre Unterstützung und Nachsicht während der Entstehungszeit dieser Arbeit. Von ganzem Herzen danke ich schließlich meinen Eltern, die mich stets bedingungslos unterstützt haben.

Berlin, im Mai 2022

Franziskus Baer



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII
Einleitung .....	1
§ 1 Nudging – „sanfte“ Verhaltenssteuerung .....	1
§ 2 Nudging im medialen Diskurs und in der Literatur .....	5
§ 3 Fragestellung und Gang der Untersuchung .....	7
1. Kapitel: Nudges als staatliches Steuerungsinstrument .....	11
§ 1 Steuerung durch den Staat .....	11
A. Der Steuerungs begriff .....	11
B. Steuerung durch Recht .....	12
I. Die Rolle des Rechts im steuernden Staat .....	12
II. Recht aus der Steuerungsperspektive .....	14
C. Zur Notwendigkeit der Einbeziehung außerjuristischer Steuerungswissens über menschliches Verhalten .....	19
I. Die Notwendigkeit von Steuerungswissen .....	19
II. Die Sozialwissenschaften als Quelle – Ökonomik und Verhaltensökonomik .....	20
§ 2 Nudging im Kontext staatlicher Steuerungsinstrumente .....	24
A. Ansätze der Klassifizierung .....	24
B. Ordnungsrechtliche Instrumente .....	26
C. Steuerungsinstrumente jenseits von Befehl und Zwang .....	28
I. Anreize .....	30
1. Der Anreizbegriff .....	30
2. Ökonomische Anreize .....	31
3. Sonstige Anreize .....	33
II. Kooperative Instrumente .....	34
III. Steuerungsinstrumente ohne Vorteils- oder Nachteilsanknüpfung .....	34



1.	Staatliches Informationshandeln . . . . .	34
a)	Typenvielfalt staatlichen Informationshandelns . . . . .	34
b)	Die Ebenen der Wissensvermittlung, Überzeugung und nicht-rationalen Verhaltensbeeinflussung . . . . .	37
2.	Nudging – gezielte Veränderung von Entscheidungsarchitekturen . . . . .	38
§ 3	<i>Nudging – verhaltenswissenschaftliche Grundlagen und Begriff</i> . . . . .	39
A.	Außerrechtliche Grundlagen . . . . .	39
I.	Der <i>Homo oeconomicus</i> und die Annahme rationalen Verhaltens . . . . .	40
1.	Grundannahmen des Modells . . . . .	40
2.	Übernahme des Modells in anderen Wissenschaftsdisziplinen und Kritik . . . . .	42
II.	Von der begrenzten Rationalität zur Verhaltensökonomik und verhaltensökonomischen Analyse des Rechts . . . . .	45
III.	Wesentliche Erkenntnisse der Verhaltensökonomik – von Heuristiken und Verzerrungen . . . . .	47
1.	Urteilsfehler . . . . .	48
a)	Rückschaufehler . . . . .	48
b)	Verfügbarkeitsheuristik . . . . .	49
c)	Selbstüberschätzung und überzogener Optimismus . . . . .	49
d)	Bestätigungsfehler . . . . .	50
2.	Anomalien auf der Entscheidungsebene . . . . .	50
a)	Besitzeffekt . . . . .	51
b)	Tendenz zum Status quo und <i>Default</i> -Effekt . . . . .	52
c)	<i>Framing</i> . . . . .	53
d)	<i>Anchoring</i> . . . . .	54
3.	Begrenztes Eigeninteresse . . . . .	55
4.	Begrenzte Willenskraft . . . . .	55
IV.	Das Zwei-Prozesse-Modell . . . . .	57
V.	Folgerungen und Kritik . . . . .	59
1.	Kritik an der Verhaltensökonomik . . . . .	59
2.	Auswirkungen für die Rechtswissenschaft . . . . .	61
B.	Verhaltensökonomisch informierte Rechtsetzung und Rechtspolitik . . . . .	65
I.	Das Aufgreifen verhaltensökonomischer Erkenntnisse im Rahmen von Gesetzgebung und Verwaltung . . . . .	65
II.	Paternalismus als Antwort auf begrenzte Rationalität? . . . . .	67
1.	Der Begriff des Paternalismus . . . . .	68
2.	Liberaler Paternalismus . . . . .	70
a)	Gewährleistung von Wahlfreiheit . . . . .	71

b)	Beeinflussung zum Treffen „besserer“ Entscheidungen .....	72
c)	Steuerungsmittel des liberalen Paternalismus .....	76
3.	Begründungsansätze und Ziele des verhaltenswissenschaftlich informierten Paternalismus	77
a)	Der liberale Paternalismus als rechtspolitisches Konzept .....	77
b)	Zielstellungen verhaltenswissenschaftlich informierten Staatshandelns jenseits des liberalen Paternalismus	80
III.	Zwischenfazit zu verhaltensökonomisch informierter Rechtsetzung und Paternalismus .....	83
C.	Nudging als verhaltenswissenschaftlich informiertes Instrument .....	84
I.	Der Nudging-Begriff – notwendige Konkretisierung und mögliche Begrenzung .....	84
1.	Der Ausgangspunkt: Nudging als Nicht-Verbot/Gebot und Nicht-Anreiz .....	85
2.	Nudging als Instrument zur gezielten Entscheidungsbeeinflussung .....	86
3.	Nudging <i>Humans</i> – das (Aus-)Nutzen von Anomalien des Entscheidungsverhaltens als zentrales Definitionselement .....	87
II.	Wirkungslogik und Wirkungsweisen des Nudgings .....	88
1.	Willensbeeinflussende Wirkung .....	89
2.	Die zeitliche Dimension der Wirkungen .....	90
3.	Nudging als <i>Debiasing</i> , <i>Rebiasing</i> und <i>Biasing</i> .....	94
4.	Nudging als verdeckte, unreflektierte Beeinflussung? .....	96
III.	Ziele des Nudgings – das Verhältnis zum liberalen Paternalismus .....	97
IV.	Abgrenzung des Nudgings zu weiteren Steuerungsinstrumenten .....	99
1.	Nudging und Anreize .....	99
2.	Nudging und staatliches Informationshandeln .....	101
a)	Abhängigkeit vom Modell des <i>Homo oeconomicus</i> ...	102
b)	Die Identifikation „reinen“ Informationshandelns ...	103
c)	Information als Mittel zum Einstellungswandel .....	104
d)	Nudgendes Informationshandeln .....	106
D.	Typen des Nudgings und Anwendungsbeispiele .....	106
I.	Informationelle Nudges .....	109
1.	Auswählen und Herausstellen von Informationen .....	110
a)	Hervorheben sachlicher Informationen und Simplifizierung .....	110

b)	Emotionalisierung .....	111
c)	Weitere Verhaltensanomalien ausnutzende Informationen – insb. <i>Framing</i> .....	114
2.	Soziale Nudges .....	115
II.	Beeinflussungen der Entscheidungsstruktur und weiterer entscheidungsrelevanter Faktoren .....	116
1.	Standardvorgaben .....	117
2.	Reorganisation und Umgestaltung von Entscheidungsoptionen .....	123
3.	Umgestaltung von Objekten zur Veränderung der optischen Wirkung .....	125
4.	Der Einsatz spielerischer Elemente – „ <i>Gamification</i> “ ....	125
III.	Entscheidungshilfen .....	127
1.	Anstoßen zur Entscheidung ( <i>Prompted Choice</i> ) und Entscheidungsgebote ( <i>Mandated Choice</i> ) .....	128
2.	<i>Cooling-off Periods</i> .....	131
3.	Selbstbindungshilfen .....	132
E.	Nudging und die rechtswissenschaftliche Formenlehre .....	133
I.	Funktionen einer Formenlehre .....	133
II.	Nudges als Handlungs- und Wirkungsformen .....	134
F.	Abschließende Betrachtungen zu Nudging als staatlichem Instrument .....	135
I.	Nudging als neuartiges Instrument? .....	136
II.	Der Wandel von Adressatenbildern und der begrenzt rationale Adressat des Nudgings .....	136
III.	Kritik an Nudging als staatlichem Instrument .....	139
IV.	Reiz, Herausforderung und Bedarf rechtlicher Einhegung	141
V.	Der Nudging-Begriff und die Rechtswissenschaft .....	143
1.	Nützlichkeit eines entlehnten Begriffs für die Rechtswissenschaft .....	143
2.	Gebotene Vorsicht vor Übernahme normativer Wertungen aus der Herkunftsdisziplin .....	144
2. Kapitel:	Grundrechtsschutz vor staatlichem Nudging .....	149
§ 1	<i>Die Bestimmung einschlägiger Schutzbereiche</i> .....	150
A.	Der grundrechtliche Schutz des freien Entscheidens .....	150
I.	Das Freiheitsverständnis des Grundgesetzes, Autonomie und Selbstbestimmung .....	151
1.	Selbstbestimmung als Prinzip .....	151
2.	Voraussetzungsvolle Selbstbestimmung? .....	154
II.	Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Gewährleistung von Selbstbestimmung .....	157

III. Der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit als umfassende Gewährleistung (äußerer) Freiheit .....	158
IV. Grundrechtlicher Schutz „innerer“ Freiheit durch einen Schutz des Entscheidungsvorgangs? .....	162
1. Die These der unzugänglichen und nicht schutzbedürftigen Innensphäre .....	163
2. Dogmatische Bausteine: Entstehenschutz und Willensentschließungsfreiheit .....	165
3. Ansätze in der Rechtsprechung .....	167
4. Verfassungsrechtliche Verortung des Schutzes des freien Entscheidens .....	170
a) Fragmentarischer Schutz, ungeschriebenes Grundrecht oder Schutz allein durch die Menschenwürde? .....	171
b) Umfassendere Ansätze: Persönlichkeitsrecht und Handlungsfreiheit .....	173
aa) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht – Inhalt der Gewährleistung und Abgrenzung zur Handlungsfreiheit .....	173
bb) Schutz vor Nudging durch Persönlichkeitsrecht oder Handlungsfreiheit? .....	177
(1) Der grundrechtliche Schutz von Einstellungen .....	177
(2) Der Schutz der Willensentschließung in der konkreten Entscheidungssituation .....	178
(a) Grundsatz: Schutz durch die allgemeine Handlungsfreiheit/spezielle Freiheitsrechte ...	178
(b) Untrennbarkeit von Handlungen und Einstellungen? .....	181
cc) Konsequenz: Schutz unterschiedlicher Aspekte des freien Entscheidens durch Verhaltensfreiheiten und Persönlichkeitsrecht .....	182
B. Grundrechtlicher Schutz vor der Konfrontation mit Nudges ...	183
I. Der Schutz vor aufgedrängter Rezeption .....	184
1. Negative Informationsfreiheit .....	184
2. Das Recht auf Nichtwissen und das Recht, in Ruhe gelassen zu werden, als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....	186
II. Das Recht auf Nichtbefassung, Nichterklärung und Nichtentscheidung .....	187
C. Weitere grundrechtliche Aspekte des Nudgings .....	190
I. Nudging und informationelle Selbstbestimmung .....	190
II. Nudging und grundrechtlich geschützte Gleichheit .....	191

D. Berührung der Menschenwürde? .....	192
E. Nudging und der persönliche Schutzbereich .....	194
F. Fazit zur Schutzbereichseröffnung .....	196
§ 2 Grundrechtseingriffe durch Nudging .....	197
A. Der Wandel des Eingriffsbegriffs .....	199
I. Vom klassischen zum modernen Grundrechtseingriff .....	200
II. Kriterien des Grundrechtseingriffs – neue Herausforderung durch Nudges .....	202
B. Eingriffe in die Willensentschlussfreiheit durch Beeinflussungen in konkreten Entscheidungssituationen .....	203
I. Vorbetrachtung: Zurechenbare Beeinträchtigungen durch informelles Handeln und ihre Begrenzung .....	204
1. Eingriffe im bipolaren Verhältnis – Anleihen aus der Debatte zu Informationshandeln und sonstigem kommunikativen Einwirken? .....	204
2. Notwendigkeit der Begrenzung grundrechtserheblicher Einwirkungen .....	208
II. Vorliegen einer Beeinträchtigung .....	209
1. Nachteilszufügung .....	209
a) Wirkung ohne oder gegen den Willen des Adressaten	212
b) Schwierigkeiten des Willenskriteriums – Differenzierung von Aus- und Einwirkung und Ermittlung des Willens über den Einzelfall hinaus ...	213
c) Mögliche Beschränkungen der Freiwilligkeit .....	215
aa) Zwangsähnliche Druckausübung .....	216
(1) Vergleichbarkeit der möglichen beeinträchtigenden Wirkung bei Anreizen und Nudges? .....	216
(2) Belastende Folgenanknüpfung bei Nudges im Einzelfall? .....	221
bb) Verzerrende und manipulative Wirkungen .....	222
(1) Schlechthin kontrollierende Wirkungen als Beeinträchtigung .....	225
(2) Notwendige Erweiterung – Beeinträchtigung bei Erschweren oder Umgehen der Möglichkeit zur Reflexion .....	226
(a) Liberal-paternalistische Ziele auf der Eingriffsebene .....	227
(b) Selbstbestimmungswahrende Mittel – Unterscheidung nach kognitivem System? ....	230
d) Kriterien zur Beurteilung der Beeinträchtigungsqualität von Nudges .....	231

aa) Erkennbarkeit .....	232
bb) Beherrschbarkeit .....	234
(1) Transparenz von Quelle und Ziel .....	235
(2) Täuschung .....	237
cc) Weitere Modalitäten mit Auswirkungen auf die Reflexionsmöglichkeit .....	239
dd) Zwischenfazit zur Bewertung des Vorliegens einer Beeinträchtigung .....	241
ee) Kein Recht auf Unbehelligtsein – Abgrenzung zum Konfrontationsschutz .....	242
2. Bagatellgrenze und Mindestintensität .....	243
III. Die Zurechnung faktischer Einwirkungen durch Nudging	247
1. Mangelnde Finalität als Zurechnungsausschluss? .....	248
2. Finalität als hinreichende Eingriffsbegründung? .....	248
IV. Zwischenergebnis zum Eingriff in die Willensentschließungsfreiheit durch Beeinflussungen in konkreten Entscheidungssituationen .....	250
C. Einstellungsbeeinflussungen durch Nudging als Eingriff? .....	250
D. Eingriffe in den grundrechtlichen Konfrontationsschutz .....	253
I. Negative Informationsfreiheit .....	253
II. Recht auf Nichtbefassung .....	255
E. Eingriffsqualität verschiedener Typen von Nudges .....	255
I. Informationelle Nudges .....	256
1. Herausstellung und Hervorhebung sachlicher Informationen – Erhöhung der Salienz .....	256
a) Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit	256
b) Negative Informationsfreiheit .....	258
2. Emotionalisierung .....	259
a) Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit	259
b) Beeinträchtigung der negativen Informationsfreiheit	263
3. <i>Framing</i> nutzendes Informationshandeln .....	263
4. Soziale Nudges .....	264
II. Beeinflussungen der Entscheidungsstruktur und weiterer entscheidungsrelevanter Faktoren .....	265
1. Standardvorgaben .....	265
a) Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit	265
b) Beeinträchtigung des Rechts auf Nichtbefassung ....	272
aa) Erklärungslast als Eingriff .....	272
(1) Grundsatz: keine Beeinträchtigung, wenn diese nur dem verfassungsrechtlichen „Normalzustand“ entspricht .....	272
(2) Ausnahme: Erhöhte Erklärungslast durch Formerfordernisse .....	273

(3) Rückausnahme: <i>Opt-in</i> -Regelungen mit Leistungscharakter .....	274
(4) Weitere Rückausnahme: Belastungen unterhalb der Bagatellschwelle .....	275
bb) Beschäftigungslast .....	276
c) Fazit zur Eingriffsqualität von Standardvorgaben ...	277
2. Reorganisation und andere Veränderungen von Entscheidungsoptionen .....	278
III. Entscheidungshilfen .....	279
1. <i>Prompted Choice</i> und <i>Mandated Choice</i> .....	279
2. <i>Cooling-off Periods</i> .....	280
3. Selbstbindungsmöglichkeiten .....	282
F. Kumulative Eingriffswirkung? .....	284
G. Fazit zum Grundrechtseingriff .....	287
§ 3 <i>Verfassungsrechtliche Rechtfertigung</i> .....	287
A. Verfassungsmäßigkeitsvoraussetzungen jenseits der Verhältnismäßigkeit .....	288
I. Der Vorbehalt des Gesetzes .....	288
1. In Grundrechte der Adressaten eingreifendes Nudging	288
a) Ausnahmslose Geltung des Vorbehalts .....	288
b) Reichweite und notwendige Regelungsdichte .....	291
2. Nudging, das nicht in Grundrechte der Adressaten eingreift .....	294
II. Normenklarheit, Normenwahrheit und Rechtswahrheit .....	295
B. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	299
I. Zwecklegitimität .....	300
1. Edukation als Zweck .....	302
2. Neutralitätsgebote als Beschränkungen legitimer Ziele	305
3. Staatlicher Paternalismus als Problem der Zwecklegitimität .....	307
a) Paternalistische Ziele in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	309
b) Paternalistische Ziele in der rechtswissenschaftlichen Literatur .....	312
c) Mangelnde Differenzierungsmöglichkeit auf Zwecklegitimitätsebene .....	314
4. Zwischenfazit zur Zwecklegitimität .....	317
II. Geeignetheit .....	317
1. Der Maßstab der Geeignetheitsprüfung .....	317
2. Geeignetheitsgrenzen beim Nudging .....	320
3. Richtigkeit und Sachlichkeit als Verhältnismäßigkeitsanforderungen an informationelle Nudges? .....	322

III. Erforderlichkeit .....	325
1. Differenzierung der Eingriffsintensität .....	325
2. Wirksamkeitsgleichheit .....	330
3. Nicht-Erforderlichkeit anderer Instrumente – gebotenes Nudging? .....	331
IV. Angemessenheit .....	332
1. Ziele des Nudgings in der Verhältnismäßigkeitsprüfung jenseits der Zwecklegitimität .....	332
a) Rechtfertigung von Nudges durch paternalistische Ziele? .....	333
aa) Selbstbestimmung als Grund und Grenze weich paternalistischer Maßnahmen .....	334
bb) Gesetzgeberischer Spielraum und die Bereitstellung von Mitteln zum selbstbestimmten Entscheiden .....	337
b) Das Zusammentreffen des Schutzes des Einzelnen vor sich selbst mit weiteren Zielstellungen .....	343
c) Zwischenfazit zu den Zielsetzungen .....	349
2. Die Zweck-Mittel-Relation .....	349
C. Fazit zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung .....	352
 Abschließende Bemerkungen .....	 353
 Zusammenfassende Thesen .....	 357
 Literaturverzeichnis .....	 367
 Register .....	 399





## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	Andere Auffassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BMVI	Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)
d. h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
et al.	et alii
Ed.	Edition
EL	Ergänzungslieferung
f./ff.	folgende(r)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
Hervorh.	Hervorhebung
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Hrsg.	Herausgeber
insb.	insbesondere

i. V. m.	in Verbindung mit
i. S. v.	im Sinne von
i. S. d.	im Sinne der/des
JA	Juristische Arbeitsblätter
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LMuR	Lebensmittel & Recht
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MedR	Medizinrecht
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report
o. g.	oben genannt(e)
PNAS	Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America
PVS	Politische Vierteljahresschrift
Rn.	Randnummer
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte
SSRN	Social Science Research Network
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
v. a.	vor allem
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkungen
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfKK	Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht

# Einleitung

## § 1 Nudging – „sanfte“ Verhaltenssteuerung

Staatliche Stellen bedienen sich einer Vielzahl von Mitteln, Instrumenten und Techniken, um auf das Erreichen ihrer Ziele hinzuwirken. Auch wenn staatliches Handeln kaum je auf einfachen Gebieten und Verbieten beschränkt war, hat sich das Spektrum der Möglichkeiten im Laufe der Zeit doch erweitert. Es lässt sich auch von einem Wandel staatlicher Handlungsformen und -instrumente sprechen. Der Wandel der Formen staatlicher Herrschaftsausübung korreliert mit einem Wandel des Staatsbildes sowie derjenigen Bilder, die sich der Staat von den Bürgern und ihrem Verhalten macht. Neben Befehl und Zwang kommen nunmehr häufig Instrumente zum Einsatz, die weder gebieten noch verbieten, sondern vor allem auf die Motivation und den Willen des Bürgers einwirken. Zwar kann diese Erkenntnis nicht mehr als neu bezeichnet werden. Zu den insoweit bekannten Mitteln der Beeinflussung hat sich allerdings in jüngerer Zeit eine neuartige Technik des Regierens und Regulierens gesellt, die Bürger auf eine besondere Weise adressiert und sich seit einigen Jahren zunehmenden Interesses seitens Politik und Verwaltung erfreut. In einer Vielzahl von Staaten<sup>1</sup> wurden sogenannte „*Nudge Units*“ eingerichtet, die sich mit verhaltenswissenschaftlich informierter Regulierung beschäftigen, so auch in Deutschland.<sup>2</sup> Als eine Variante solcher Regulierung gewannen als „Nudges“ oder „Nudging“ bezeichnete Möglichkeiten und Mittel zur Verhaltensbeeinflussung besondere Beachtung. Sie erweitern den Werkzeugkasten des Gesetzgebers und der Verwaltung um Instrumente, deren Einsatz vor allem an Erkenntnisse der Verhaltensökonomik und Psychologie anknüpft und deren Einsichten nutzt, um in spezieller Weise auf das Verhalten von Bürgern einzuwirken.

---

<sup>1</sup> Ein Überblick hinsichtlich Europa findet sich bei Europäische Kommission, European Report 2016: Behavioural Insights Applied to Policy: Overview across 32 European countries, 2016 ([https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC100146/kjna27726enn\\_new.pdf](https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC100146/kjna27726enn_new.pdf)), geprüft am 3.5.2022.

<sup>2</sup> Siehe *Die Bundesregierung*, „wirksam regieren“ ([https://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/DE/Themen/Wirksam-regieren/\\_node.html](https://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/DE/Themen/Wirksam-regieren/_node.html)), geprüft am 3.5.2022.

Doch was verbirgt sich genau hinter dem Begriff des Nudgings? Das englische Wort „*nudge*“ bedeutet zunächst „schubsen“ oder „anstoßen“. Der Ökonom *Richard H. Thaler* und der Rechtswissenschaftler *Cass R. Sunstein*, auf die der Begriff als Mittel zur Entscheidungsbeeinflussung zurückgeht, beschreiben damit in ihrem erstmalig im Jahr 2008 erschienenen Buch „*Nudge – Improving decisions about health, wealth and happiness*“ zahlreiche Maßnahmen, deren Ziel es ist, andere zu „beeinflussen und ihnen bei ihrer Entscheidung einen kleinen Schubs zu geben“.<sup>3</sup> Ein Nudge ist für sie jede Maßnahme, mit der „Entscheidungsarchitekten das Verhalten von Menschen in vorhersagbarer Weise verändern können, ohne irgendwelche Optionen auszuschließen oder wirtschaftliche Anreize stark zu verändern“.<sup>4</sup> Als „Entscheidungsarchitekten“ werden dabei diejenigen verstanden, die das Umfeld, in dem Menschen Entscheidungen treffen, organisieren und gestalten können.<sup>5</sup> Dieses Umfeld, die Entscheidungsarchitektur, umfasst alle Umstände, die sich auf eine Entscheidung auswirken können, seien sie physischer oder auch etwa nur sprachlicher Natur. Bereits viele kleine Veränderungen dieser Rahmenbedingungen, zum Beispiel eine veränderte Anordnung verschiedener Entscheidungsoptionen oder bestimmte Hinweise sollen das Verhalten von Menschen stark beeinflussen können, auch wenn es sich nur um „scheinbar unwichtige Details“ handelt, und dem Architekten so eine Einflussmöglichkeit geben.<sup>6</sup> Zwar kann die Entscheidungsarchitektur auch durch weniger „sanfte“ und unaufdringliche Maßnahmen, etwa auch solche, die Zwang ausüben, verändert werden. Ein Nudge soll jedoch, so *Sunstein* und *Thaler*, „ohne großen Aufwand zu umgehen sein“ und die Möglichkeit bestehen lassen, zwischen verschiedenen Optionen auswählen zu können, so dass es sich – in Abgrenzung zu einer Anordnung – eben nur um einen Anstoß handelt.<sup>7</sup>

Dass über solche kleinen Anstöße überhaupt Einfluss auf Entscheidungen genommen werden kann, ist eine Erkenntnis, die sich auf zahlreiche Befunde der Verhaltenswissenschaften aus den letzten Jahrzehnten stützt. Diesen zufolge verhalten sich Menschen in Entscheidungssituationen nicht durchgängig in einem ökonomischen Sinne rational, sondern weichen systematisch davon ab, da sie zahlreichen kognitiven Begrenzungen unterliegen. Nach *Thaler* und *Sunstein* ist daher zu unterscheiden zwischen fiktiven „*Econs*“ – *Homines oeconomici*, die vollständig rational handeln, und den echten, aber fehlerhaften „*Humans*“.<sup>8</sup> Nudges seien gerade solche Faktoren, auf die ein

<sup>3</sup> *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 6. Aufl. 2016, S. 13, englischsprachige Erstausgabe *dies.*, *Nudge*, 2008.

<sup>4</sup> *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 6. Aufl. 2016, S. 15.

<sup>5</sup> *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 6. Aufl. 2016, S. 11.

<sup>6</sup> *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 6. Aufl. 2016, S. 9 ff.

<sup>7</sup> *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 6. Aufl. 2016, S. 15.

<sup>8</sup> *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 6. Aufl. 2016, S. 16.

„Econ“ nicht reagieren würde, weil er unabhängig von sanften Versuchen der Beeinflussung seinen Nutzen maximiert, ein „Human“ jedoch schon.<sup>9</sup> Ansatzpunkt für Nudges sind also die kognitiven Begrenzungen des echten Menschen. Dass solche kleinen Anstöße dabei teils subtil sind und durch den Angestoßenen zuweilen unbemerkt bleiben, ist jedoch auch Ansatzpunkt einiger Kritik.

Die beiden Autoren betten dieses Steuerungsmittel zudem in ein rechtspolitisches Konzept ein, das sie mit dem – zumindest auf den ersten Blick paradox erscheinenden – Begriff des „liberalen Paternalismus“<sup>10</sup> bezeichnen. Dieser soll liberale Prinzipien wie die Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit des Einzelnen und der Möglichkeit des Verfolgens selbstgesteckter Ziele mit der Option vereinen, lenkend Einfluss auf das Verhalten von Menschen zu nehmen, indem ihnen eben lediglich ein sanfter Schubs in eine bestimmte Richtung gegeben wird. Diese Richtung soll beim liberalen Paternalismus sodann nicht irgendeine sein, vielmehr sollen Menschen dahingehend beeinflusst werden, dass sie Entscheidungen treffen, die sie, „gemessen an ihren eigenen Maßstäben“,<sup>11</sup> besser dastehen lassen, als es ohne die Beeinflussung der Fall wäre. So trafen Menschen aufgrund von Aufmerksamkeits- oder Informationsdefiziten, begrenzten kognitiven Fähigkeiten oder begrenzter Selbstkontrolle häufig schlechte Entscheidungen.<sup>12</sup> Sie entschieden sich beispielsweise für ungesunde Speisen oder fürs Rauchen von Zigaretten, obwohl dies letztendlich nicht das Richtige für ihr langfristiges Wohlergehen sei.<sup>13</sup> Ihre begrenzte Rationalität wird somit zum Anlass für die Beeinflussung ihrer Entscheidungen – oder sogar zur Rechtfertigung –, eine nicht unproblematische normative Folgerung, wie im Weiteren noch zu sehen sein wird.

Das begrenzt rationale Entscheidungsverhalten der Menschen lässt sich jedoch auch losgelöst von diesem rechtspolitischen Konzept gezielt zur Einflussnahme durch „sanfte“ Anstöße nutzen, um verschiedenste Ziele zu befördern – und dabei anscheinend das Unmögliche möglich zu machen: Die Adressaten lenkend zu beeinflussen und ihnen gleichzeitig zu erlauben, ihren eigenen Weg zu gehen<sup>14</sup>. Anwendungsmöglichkeiten für diese Form der Verhaltensbeeinflussung finden schließlich nicht nur *Thaler* und *Sunstein* auf einer ganzen Reihe von Politikfeldern. Gesundheitspolitik, Altersvorsorge

---

<sup>9</sup> *Thaler/Sunstein*, Nudge, 6. Aufl. 2016, S. 19.

<sup>10</sup> Dieser, im Englischen als „*libertarian paternalism*“ bezeichnet, wird teilweise auch als „libertärer“, überwiegend jedoch als „liberaler Paternalismus“ übersetzt.

<sup>11</sup> *Thaler/Sunstein*, Nudge, 6. Aufl. 2016, S. 15.

<sup>12</sup> *Thaler/Sunstein*, Nudge, 6. Aufl. 2016, S. 14 f.

<sup>13</sup> *Thaler/Sunstein*, Nudge, 6. Aufl. 2016, S. 15 ff.

<sup>14</sup> *Sunstein*, in: Kemmerer et al. (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, 2016, S. 21 (26).

und Umweltpolitik sind nur einige Beispiele. Im Grunde ist jede Konsumententscheidung, die Verbraucher treffen, von einer Entscheidungsarchitektur geprägt, die durch Nudging beeinflusst werden kann – etwa zum Zweck, diesen den Kauf eines möglichst energiesparenden Elektronikgeräts oder eines umweltfreundlichen Kaffeebechers nahezulegen. Kein Formular, welches Bürgern zur Steuererklärung oder zur Beantragung staatlicher Leistungen zur Verfügung gestellt wird, kommt ohne eine Entscheidungsarchitektur aus. Auch in höchstem Maße persönliche Entscheidungen können auf diesem Wege zum Ziel einer mehr oder weniger subtilen staatlichen Beeinflussung gemacht werden. Genannt sei exemplarisch die vieldiskutierte postmortale Organspende. Bei dieser wird immer wieder über mögliche rechtliche Regelungen debattiert, welche die Situation umkehren würden, dass bei einem Nicht-Äußern zu der Frage, ob eine Person Organspender sein möchte, dies als „Nein“ gewertet wird. Gerade in solch sensiblen Bereichen trifft Nudging jedoch nicht nur auf Befürwortung, sondern auch auf beachtliche Bedenken.

Einen aktuellen Anlass, über den Einsatz von Nudging-Techniken nachzudenken und diese zum Teil auch zur Anwendung zu bringen, bot jüngst die Bekämpfung der COVID-19-Pandemie. Regierungen, Verwaltungen und Gesetzgeber sahen und sehen sich hierbei mit einer Lage konfrontiert, in welcher effektives, ohne größere Zeitverzögerungen auskommendes Einwirken auf das Verhalten der Bürger essenziell erscheint. Teil eines staatlichen Instrumentenmix, mittels dessen unter anderem eine größere Beachtung von Vorsichts- und Hygienemaßnahmen erreicht werden soll, sind dabei auch „weiche“ Instrumente, die ohne Zwang auskommen. Sollen solche „weichen“ Instrumente möglichst wirksam sein, liegt es nahe, zu ihrer Gestaltung auf verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse im Hinblick auf tatsächliche Handlungsmuster und Beeinflussungsmöglichkeiten menschlichen Entscheidungsverhaltens zurückzugreifen. Warnungen und Empfehlungen zum Händewaschen oder Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes könnten etwa effektiver sein, wenn sie bestimmte Emotionen ansprechen oder darauf hinweisen, dass andere sich ebenfalls an solche Empfehlungen halten – und somit nudgen. Zum Einsatz kamen in jüngster Zeit auch etwa gut sichtbar auf dem Boden angebrachte Markierungen, die an das Abstandhalten zu anderen Personen erinnern und dieses erleichtern sollen. Dass sich hier noch weitere Beispiele ergänzen ließen deutet zum einen an, wie vielfältig die Anwendungsmöglichkeiten des Nudgings sind und dass staatliche Akteure dieses mittlerweile vermehrt in Betracht ziehen. Anhand des Beispiels der Pandemiebekämpfung ließen sich zum anderen aber auch die Grenzen der Steuerungsfähigkeit eines Regulierungsansatzes diskutieren, der vornehmlich auf „weiche“, zwanglose Instrumente setzt.

## § 2 Nudging im medialen Diskurs und in der Literatur

Neben einem regen Interesse populärer Medien<sup>15</sup> hat das Konzept des Nudgings im Anschluss an die Veröffentlichung des Nudge-Buches von *Thaler* und *Sunstein* in der US-amerikanischen und internationalen sozial- und rechtswissenschaftlichen Literatur eine breite Rezeption erfahren, die sich schließlich auch in der einschlägigen deutschsprachigen Literatur wiederfand.<sup>16</sup> Dies fügte sich ein in einen generellen Trend, im Zuge dessen verhaltensökonomische Ansätze und Erkenntnisse nicht nur in den Wirtschaftswissenschaften, sondern auch in den Nachbardisziplinen wie der Rechtswissenschaft vermehrt diskutiert und rezipiert wurden.<sup>17</sup> In diesem Zusammenhang wurde nun auch in Bezug auf das Nudging begonnen, Chancen, Risiken und Gefahren zu diskutieren und auszuloten und dabei eine Reihe an Problemfeldern aufgezeigt. Die Urteile über Nudging als Mittel der Verhaltensbeeinflussung und des staatlichen Regulierens waren hierbei von großer Diversität. Während auf der einen Seite eher die Möglichkeiten des Ansatzes herausgestellt und das diesem eigene Potenzial betont werden,<sup>18</sup> finden sich

---

<sup>15</sup> Statt vieler *Sommer*, When Humans Need a Nudge Toward Rationality, nytimes.com, 7.2.2009 (<https://www.nytimes.com/2009/02/08/business/08nudge.html>), geprüft am 3.5.2022; *Parkinson*, Nudging the political debate along, BBC News, 28.7.2008 ([http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/politics/7505117.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/7505117.stm)), geprüft am 3.5.2022; von *Lutterotti*, „Nudging“: Motivationshilfen fürs gesunde Essen, faz.net, 11.10.2012 (<http://www.faz.net/aktuell/wissen/leben-gene/nudging-motivationshilfen-fuers-gesunde-essen-11919680.html>), geprüft am 3.5.2022.

<sup>16</sup> Statt vieler *Anderson*, Economics and Philosophy 26 (2010), S. 369; *Bovens*, in: Grüne-Yanoff/Hansson (Hrsg.), Preference Change, 2009, S. 207; *Hausman/Welch*, Journal of Political Philosophy 18 (2010), S. 123; *Rebonato*, Taking Liberties, 2012; *Selinger/Whyte*, Sociology Compass 5 (2011), S. 923; frühe Beiträge hierzulande etwa von *Eidenmüller*, JZ 2011, S. 814; *Schnellenbach*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 12 (2011), S. 445; *Smeddinck*, Die Verwaltung 44 (2011), S. 375; in der Folge u. a. *Holle*, ZLR 2016, S. 596; *Kirchhof*, ZRP 2015, S. 136; *Purnhagen/Reisch*, ZEuP 2016, S. 629; *Wolff*, RW 2015, S. 194 sowie die Beiträge in Kemmerer et al. (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016.

<sup>17</sup> Zu diesem Trend *Lepenies/Malecka*, Zeitschrift für Praktische Philosophie 3 (2016), S. 487 (489 f.); siehe beispielhaft aus der die Verhaltenswissenschaften aufgreifenden, rechtswissenschaftlichen Literatur die Beiträge in Engel et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007; *Zamir/Teichman* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, 2014; als Vorreiter *Jolls/Sunstein/Thaler*, Stanford Law Review 50 (1998), S. 1471; *Sunstein*, The University of Chicago Law Review 1997, S. 1175; *ders.*, American Law and Economics Review 1 (1999), S. 115; zur Verhaltensökonomik im Recht ferner unter § 3 A.V. 2.

<sup>18</sup> So sieht z. B. *Smeddinck*, Die Verwaltung 44 (2011), S. 375 (394) in der Funktionsweise des Nudgings eine kluge Beschränkung auf die Einflussnahme an der Schnittstelle der unmittelbaren Entscheidungssituation, um nicht auf die komplexe Vielfalt der Faktoren, die Konsumentenentscheidungen beeinflussen, reagieren zu müssen.



andererseits skeptische und warnende Stimmen, die erhebliche Gefahren manipulativer Missbräuche<sup>19</sup> oder gar eine „*Brave New World*“<sup>20</sup> am Horizont sehen.

Die Diskurse im anglo-amerikanischen Raum und in Kontinentaleuropa weisen dabei durchaus einige Unterschiede auf, deren Hintergrund nicht zuletzt in Verschiedenheiten im Hinblick auf Rechtskultur und Auffassungen zur Rolle des Staates liegen dürfte.<sup>21</sup> In den Vereinigten Staaten etwa wird Nudging, angesichts eines häufig als politisch wie gesellschaftlich als gespalten wahrgenommenen Landes, vielfach als Mittel gesehen, welches dort, wo klassische Regulierungsinstrumente auf große Skepsis stoßen und auch der Vorwurf des Paternalismus schnell erhoben ist, ein konsens- oder zumindest kompromissfähiges Steuerungsinstrument darstellen und so die Handlungsfähigkeit des Staates in festgefahrenen politischen Situationen erhöhen könnte.<sup>22</sup> Diese Sichtweise spielt hierzulande eine eher untergeordnete Rolle. Als im Gegensatz zu anderen sanft erscheinendes Werkzeug stößt Nudging dennoch auf reges Interesse. Der Anziehungskraft eines Instruments, welches Gemeinwohlziele fördern können, dabei aber die Rechte Einzelner weitgehend unberührt lassen soll, können sich Politik und Verwaltung nur schwerlich entziehen.<sup>23</sup> Wo eine größere grundsätzliche Akzeptanz auch für staatliche Interventionen herrscht und der Begriff des Paternalismus, zumindest jenseits einiger akademischer Diskurse, ein weniger gebrauchter Topos ist, richtet sich die öffentliche Debatte eher auf das Finden einer Balance zwischen individuellen Rechten und Gemeinwohlbelangen.<sup>24</sup> Bei aller Differenz der Diskurse werfen Nudges schließlich allerdings Grundfragen auf, die sich, genauer betrachtet, doch in den Debatten beiderseits des Atlantiks wiederfinden und sowohl für die Paternalismusfrage als auch eine Grundrechtssprüfung und Abwägung von Bedeutung sind: Schränken Nudges die individuelle Autonomie bzw. Selbstbestimmung gewährleistende Grundrechte ein, können sie diese in bestimmten Fällen sogar verletzen?

---

<sup>19</sup> So etwa *Schnellenbach*, List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik 40 (2014), S. 239 (254).

<sup>20</sup> *Wright/Ginsburg*, Northwestern University Law Review 106 (2012), S. 1033 (1067); *White*, The Manipulation of Choice, 2013, S. 81 f. warnt mit einer Referenz an *George Orwell's „Big Brother“* vor dem wohlmeinenden „Nanny-State“.

<sup>21</sup> Siehe eingehender *Towfigh/Traxler*, in: Kemmerer et al. (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 323 f.

<sup>22</sup> *Heinig*, in: Kemmerer et al. (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 219 (221); siehe auch *Anderson*, Economics and Philosophy 26 (2010), S. 369 (375).

<sup>23</sup> *Reich*, in: Biaggini/Diggelmann/Kaufmann (Hrsg.), FS Thüerer, 2015, S. 627 (631 f.).

<sup>24</sup> *Towfigh/Traxler*, in: Kemmerer et al. (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 323 (324).

### § 3 Fragestellung und Gang der Untersuchung

Im Zuge der bereits angedeuteten Debatten und nicht zuletzt angesichts des zunehmenden Interesses seitens des Gesetzgebers und der Verwaltung an Nudging-Techniken ist auch die Relevanz des Themas für die (deutsche) Rechtswissenschaft gewachsen. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht sind verschiedene Aspekte des Nudging-Konzepts von Interesse. Es lässt sich zunächst aus einer Steuerungsperspektive diskutieren, wie sich Nudging als verhaltenswissenschaftlich informiertes Instrument in den Kontext bekannter staatlicher Steuerungsinstrumente einfügt und wie es sich einer rechtswissenschaftlichen Formenlehre zuordnen lässt. Von zentralem Interesse ist ferner die aus einer Rechtsschutzperspektive zu stellende Frage, welche Grenzen das Recht, insbesondere das Verfassungsrecht, dem Nudging setzt. Ist überhaupt der Schutzbereich grundrechtlicher Gewährleistungen eröffnet, und um welche Grundrechte bzw. welche Ausprägungen dieser Grundrechte handelt es sich dabei gegebenenfalls? Greifen Nudges in Grundrechte ein, wenn sie doch, vordergründig betrachtet, keine mögliche Handlungsoption ausschließen und sonst keine erheblichen Nachteile mit sich bringen? Welche Anforderungen sind im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung an Nudging-Maßnahmen zu stellen; an welche rechtlichen Formen und Verfahren sind solche Maßnahmen gebunden? Und welche Ziele verfolgt der nudgende Staat? Hierbei ist auch zu hinterfragen, inwieweit Nudging mit dem Konzept des liberalen Paternalismus verwoben ist, nach welchem adressierte Bürger „gemessen an den eigenen Maßstäben“<sup>25</sup> besser dastehen sollen. Handelt es sich dann bei Nudges um paternalistische Maßnahmen und darf der Staat dem Einzelnen paternalistisch, und sei es auf sanfte Weise, zu seinem Wohl – oder dem, was der Staat dafür hält – verhelfen? Es soll hier der Versuch unternommen werden, zumindest einige dieser Fragen, insbesondere in ihrer grundrechtlichen Dimension, einer Lösung zuzuführen.

Zum Teil sind diese Fragen in der rechtswissenschaftlichen<sup>26</sup> Literatur bereits adressiert und erste Ansätze zur rechtlichen Behandlung verschiedener Aspekte des Nudgings entwickelt worden.<sup>27</sup> Monografisch beschäftigt sich

---

<sup>25</sup> *Thaler/Sunstein*, Nudge, 6. Aufl. 2016, S. 14.

<sup>26</sup> Zur Betrachtung der verhaltenswissenschaftlichen Grundlagen, des Nudgings als Steuerungsinstrument und politischer und ökonomischer Aspekte wird insb. im ersten Teil der vorliegenden Arbeit auch auf Literatur anderer Disziplinen zurückgegriffen. Auch hierbei steht Nudging aber als staatliches Instrument im Fokus, so dass Betrachtungen von Nudging als Instrument der Wirtschaft, insb. des Marketing, ausgeklammert werden, siehe monografisch dazu *Kaiser*, Individualized Choices and Digital Nudging, 2018; *Rauscher/Zielke*, Nudging in Management Accounting, 2019; *Urban*, Nudging als Instrument zur Förderung nachhaltigen Verbraucherverhaltens im Rahmen der Konsumentenforschung, 2017.

<sup>27</sup> Insb. zu paternalistischem Nudging eingehender *van Aaken*, in: Kemmerer et al.

mit der Verhaltensökonomik, deren Einsichten auch die konzeptionelle Grundlage für das Nudging bilden, und ihren normativen Implikationen im Allgemeinen und den Auswirkungen auf die (Privat-)Autonomie sowie zivilrechtlichen Anwendungsfällen im Besonderen die Arbeit von *Philipp Hacker*<sup>28</sup>. Im Bereich des Gesundheitsrechts wurden von *Frederike Kolbe*<sup>29</sup> und *Maximilian Kreßner*<sup>30</sup> die Möglichkeiten rechtlicher Gesundheitssteuerung einschließlich der auf diesem Gebiet eingesetzten Instrumente untersucht, wobei auch gesundheitsorientierte Nudges Berücksichtigung finden. Mit verfassungsrechtlichen Aspekten des Nudgings beschäftigen sich wie die vorliegende Arbeit auch diejenigen von *Stephan Gerg*, *Nadja Kronenberger* und *Friederike Simone Kunzendorf*, die Nudges jeweils zum Teil als Eingriffe in Freiheitsgrundrechte einordnen<sup>31</sup> und Rechtfertigungsmöglichkeiten prüfen<sup>32</sup>.

Die Behandlung der verfassungsrechtlichen Fragen, insbesondere der Grundrechtsfragen, kann dabei jedoch keinesfalls als abgeschlossen betrachtet werden. Die Einbeziehung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse im Rahmen der Rechtsetzung zur gezielten Verhaltensbeeinflussung erfreut sich zwar zunehmenden Interesses, blickt aber erst auf eine kurze Geschichte zurück. Dies gilt erst recht für die rechtswissenschaftliche Behandlung entsprechender Maßnahmen, insbesondere von Nudges, die noch einen längeren rechtswissenschaftlichen Verarbeitungsprozess vor sich haben dürften. Anzunehmen ist dies vor allem auch, weil Nudges sich als Herausforderung für die klassische Grundrechtsdogmatik darstellen und sich mithilfe ihrer herkömmlichen Maßstäbe teils nur schwer erfassen lassen. Dass in dieser Hinsicht als Herausforderung erkannte Instrumente ausgiebige Debatten nach sich ziehen können, zeigt nicht zuletzt die nach wie vor nicht gänzlich abgeebbte Diskussion um das staatliche Informationshandeln. Zwischen diesem und dem Nudging gibt es dabei Überschneidungen, die Untersuchung im zweiten Kapitel wird jedoch zeigen, dass die zum staatlichen Informationshandeln entwickelten Ansätze zur Beurteilung, inwieweit dieses in Grundrechte eingreift, zur Nudging-Debatte nur in begrenztem Maße beitragen können.

(Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, 2016, S. 161; insgesamt zur (verfassungs-)rechtlichen Behandlung *Holle*, ZLR 2016, S. 596; *Honer*, DÖV 2019, S. 940; *Wolff*, RW 2015, S. 194; v. a. auch zum liberalen Paternalismus *Weber/Schäfer*, Der Staat 56 (2017), S. 561; allgemeiner zu u. a. Nudging erfassender, psychisch vermittelter Steuerung *O'Hara*, AöR 145 (2020), S. 133.

<sup>28</sup> *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017.

<sup>29</sup> *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017.

<sup>30</sup> *Kreßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019.

<sup>31</sup> *Gerg*, Nudging, 2019, S. 88 ff.; *Kronenberger*, Nudging als Steuerungsinstrument des Rechts, 2019, S. 190 ff.; *Kunzendorf*, Gelenkter Wille, 2021, S. 143 ff.

<sup>32</sup> *Gerg*, Nudging, 2019, S. 134 ff.; *Kronenberger*, Nudging als Steuerungsinstrument des Rechts, 2019, S. 198 ff.; *Kunzendorf*, Gelenkter Wille, 2021, S. 177 ff.

Weiterer Forschungsbedarf besteht insbesondere zu den Fragen, welche Grundrechte überhaupt Schutz vor staatlichem Nudging bieten können und inwieweit in diese eingegriffen wird. Zwar werden bei den bisherigen Bearbeitungen die Schwierigkeiten der Erfassung von Nudges mittels der gängigen Eingriffsdogmatik teils erkannt.<sup>33</sup> Es bedarf aber noch konsequenter Fortentwicklungen der Dogmatik, die es ermöglichen, festzustellen, wann Einwirkungen durch Nudges rechtlich relevante Freiheitsbeeinträchtigungen darstellen. Eines der Kernanliegen der vorliegenden Arbeit ist es daher, dafür notwendige, bislang nicht in hinreichend klarer Form vorhandene Maßstäbe herauszuarbeiten. Dies gilt, abstrakt betrachtet, zunächst für die Möglichkeit der Beeinträchtigung grundrechtlicher Schutzbereiche, die bereits die freie Willensentschließung schützen könnten, durch lediglich geistiges Einwirken im Allgemeinen. Konkreter noch, lassen sich auch für bestimmte Maßnahmetypen weitere Maßstäbe herausarbeiten. Dies betrifft insbesondere etwa die sogenannten Standardvorgaben. Einer umfassenderen Untersuchung bedürfen auch einige Aspekte einer Verhältnismäßigkeitsprüfung von Nudges. Vor allem paternalistische Nudges werfen an dieser Stelle zu behandelnde Legitimitätsfragen auf. Auch ist zu prüfen, ob sich auf unterschiedlichen Stufen dieser Prüfung Nudging-spezifische Anforderungen formulieren lassen. Voraussetzung für diese Untersuchungen im zweiten Kapitel ist die Entwicklung eines für die rechtswissenschaftliche Betrachtung handhabbaren Nudging-Begriffs, da hierunter nach wie vor ganz unterschiedliche Formen und Maßnahmen der Verhaltensbeeinflussung subsumiert werden. Auch müssen die verschiedenen Erscheinungsformen zunächst typologisch abgegrenzt werden. Hinsichtlich einer solchen, für die Rechtswissenschaft nutzbaren Kategorienbildung besteht ebenfalls weiterer Forschungsbedarf.

Im Verlauf der Untersuchung wird im ersten Kapitel zunächst das Nudging als staatliches Steuerungsinstrument im Kontext anderer Instrumente zur Verhaltenssteuerung dargestellt. Dazu wird beleuchtet, dass sich Recht als Steuerungsinstrument verstehen lässt (§ 1). Zu erläutern ist dabei, was unter staatlicher Steuerung (§ 1 A.) und Steuerung durch Recht (§ 1 B.) zu verstehen ist, und dass Steuerung Wissen erfordert, welches die Rechtswissenschaft nicht selbst generieren kann (§ 1 C.). Anschließend ist ein Blick auf Instrumente zu werfen, derer sich staatliche Akteure klassischerweise zur Steuerung bedienen (§ 2), um Nudging zu diesen kontrastieren und es ihnen teilweise zuordnen zu können. Es wird dargelegt, wie sich die Instrumente anhand ihrer Wirkungslogik klassifizieren lassen, und die Basis gelegt, um

---

<sup>33</sup> Vgl. etwa *Kronenberger*, Nudging als Steuerungsinstrument des Rechts, 2019, S. 161 ff.; gegensätzlich *Honer*, DÖV 2019, S. 940, der Nudging nicht als Herausforderung für die Grundrechtsdogmatik sieht.

Nudging in dieser Hinsicht von anderen Instrumenten zu unterscheiden. In der Folge wird Nudging als Instrument genauer in den Blick genommen (§ 3). Dazu werden dessen theoretische Grundlagen, insbesondere einige wesentliche Erkenntnisse der Verhaltensökonomik, vorgestellt (§ 3 A.), um dann in Kürze zu zeigen, wie verhaltenswissenschaftlich informierte Ansätze Eingang in die Rechtswissenschaft und Rechtsetzung finden (§ 3 B.I.) und wie sich hieraus z. T. als paternalistisch zu bezeichnende rechtspolitische Ansätze, insbesondere das Konzept des liberalen Paternalismus, entwickelt haben (§ 3 B.II.). Anschließend wird gezeigt, wie Nudging an verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse anknüpft, diese nutzt, und es werden weitere Betrachtungen aus einer Steuerungsperspektive angestellt (§ 3 C.). Dabei wird zunächst ein konkretisierter Nudge-Begriff entwickelt und Nudging sodann auf dieser Grundlage genauer zu anderen Steuerungsinstrumenten abgegrenzt und in verschiedene Typen unterteilt, die jeweils mit Anwendungsbeispielen illustriert werden (§ 3 D.). Anschließend wird untersucht, wie Nudges sich in eine rechtswissenschaftliche Formenlehre einordnen lassen (§ 3 E.). Es folgen abschließende Betrachtungen zum nun klarer umrissenen Steuerungsinstrument (§ 3 F.).

Im zweiten Kapitel werden die Möglichkeiten grundrechtlichen Schutzes vor staatlichem Nudging untersucht. Es wird insbesondere geprüft (§ 1), welche grundrechtlichen Schutzbereiche einen Schutz des Entscheidens und der Willensbildung bieten können (§ 1 A.) und welche Grundrechte vor einer Konfrontation mit Nudges schützen (§ 1 B.). Sodann werden Eingriffe in die entsprechenden Schutzbereiche untersucht (§ 2). Nach einer allgemeinen Betrachtung des Eingriffsbegriffs (§ 2 A.), seiner Entwicklung und der Kriterien, die in bestimmten, zum Teil vergleichbaren Fällen zur Beurteilung der Frage, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt, herangezogen werden (§ 2 B.I.), erweist sich beim Nudging insbesondere die Feststellung einer Beeinträchtigung im Sinne einer nachteiligen Einwirkung als problematisch. Diese erfordert in der Folge eine vertiefte Betrachtung (§ 2 B.II.). Nachdem noch die Möglichkeit von Eingriffen durch die Beeinflussung von Einstellungen (§ 2 C.) und eine Konfrontation mit Nudges (§ 2 D.) untersucht wird, werden entsprechend der Typologie aus dem ersten Kapitel verschiedene Typen von Nudges dahingehend untersucht, inwieweit diese nach den zuvor herausgestellten Kriterien einen Grundrechtseingriff mit sich bringen (§ 2 E.). In § 3 wird schließlich die Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung in den Blick genommen und geprüft, welche Besonderheiten bei einer Rechtfertigung von Nudges im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes (§ 3 A.) und vor allem eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 3 B.) zu berücksichtigen sind. Abschließend wird ein Fazit gezogen (§ 3 C.).

# Register

- Abschreckungswirkung 167, 169, 261  
Aktivitätsschutz 157 f., 162, 167  
allgemeines Persönlichkeitsrecht 173 f.,  
176 ff.  
Anchoring 54  
Ankereffekt *siehe Anchoring*  
Anomalien des Entscheidungsverhaltens  
39, 46 f., 63, 66 f., 72, 87 f., 91, 105, 110,  
139, 300, 320, 327  
Anreize 30–34, 85, 99, 216  
– ökonomische 31 ff.  
Anstoßen zur Entscheidung *siehe Prompted  
Choice*  
Authentizität 180, 251  
Autonomie *siehe Selbstbestimmung*  
Autorität, staatliche 240
- Bagatellgrenze 243, 245 ff., 255, 275  
Beeinträchtigung *siehe Grundrechtsein-  
griff*  
Beeinträchtigungserfolg 201, 203, 209, 247  
*Behavioral Law and Economics* 46, 61, 68,  
78  
Beherrschbarkeit 234–239  
Belastungswirkung, monetäre 217  
Beschäftigungslast 255, 276, 280  
Besitzeffekt 51  
Bestätigungsfehler 50  
Bewirkungsform 135  
*Bias* 47 f.  
*Biasing* *siehe Debiasing*  
Bildungs- und Erziehungsauftrag, staatli-  
cher 303
- Confirmation Bias* *siehe* Bestätigungsfehler  
*Cooling-off Period* 131 f., 280 ff., 326
- Datenschutz 121 ff.  
*Debiasing* 76 f., 94–97, 131, 229, 236, 327,  
339  
*Default Rules* *siehe* Standardvorgaben
- Default*-Effekt *siehe* Tendenz zum Status  
quo  
Denormalisierung 93, 250  
*digital by default* 120  
dispositives Recht 117, 266  
Drittbeeinträchtigung 205  
*Dual Process Theory* *siehe* Zwei-Prozesse-  
Modell
- edukatorische Wirkung 206, 252, 302  
edukatorisches Staatshandeln 91, 303 ff.  
Eigeninteresse, begrenztes 55  
Eingriff *siehe* Grundrechtseingriff  
Einschätzungsprärogative 319 f., 331, 355  
Einstellungen 90–94, 103 ff., 177 f., 181 f.,  
195, 250–253, 302 ff.  
Emotionalisierung 111, 259, 326  
*Endowment Effect* *siehe* Besitzeffekt  
Entscheidungsarchitektur 38, 71, 88  
Entscheidungsgebote *siehe Mandated  
Choice*  
Entscheidungshilfen 127–133  
Entstehenschutz 165 ff.  
Erkennbarkeit 232 ff.  
Erklärungslast 189, 272–276, 278, 281, 352  
Ermächtigungsgrundlage 289, 291 ff.  
*Expected Utility Theory* 41
- Finalität 248 ff.  
Folgerichtigkeit 295  
Formenlehre, rechtswissenschaftliche  
133 ff.  
*Forum internum* 171  
*Framing* 53, 97, 104, 114 f., 239, 263 f., 326  
Freiheit der Wahl 306  
Freiwilligkeit 212–215
- Gamification* 125  
Gebot *siehe* Verbot  
Gefährderansprache 293  
Geistesfreiheit, innere 169

- Generalklausel, polizeiliche 293  
 Gestaltungswirkung 217  
 Gewissensfreiheit 171  
 Gleichheit 191 f.  
 Grundrechtsausübungsverzicht *siehe*  
   Grundrechtsverzicht  
 Grundrechtseingriff 199–204, 206 ff.,  
   210–217, 219–239, 241 ff., 245–250  
   – additiver 284–287  
   – Begriff 199–203  
   – kumulativer *siehe* additiver Grundrecht-  
   seingriff  
 Grundrechtsverzicht 282 ff.
- Handlungsform 134  
 Handlungsfreiheit, allgemeine 158, 160 ff.  
 Heuristik 47 f., 61  
*Hindsight Bias* *siehe* Rückschaufehler  
*Homo-oeconomicus*-Modell 20 f., 40–43,  
   45, 60, 102, 138, 147  
 Hygiene-Ampel 113
- informationelle Selbstbestimmung 190  
 Informationshandeln, staatliches 34–38,  
   99, 101, 103–106, 109 f., 135, 138, 142,  
   145, 197, 202, 204–207, 257, 263, 288,  
   291 f., 323, 325  
 innere Freiheit 162 f., 165  
 Integritätsschutz 158, 176 f., 179, 182 f.
- Kausalität 247 f.  
 Kernbereich privater Lebensgestaltung  
   303  
 Kognitionspsychologie 46  
 Konfrontationsschutz 183–189, 242, 253,  
   280  
 kumulative Eingriffswirkung *siehe* additi-  
   ver Grundrechtseingriff
- Law and Economics* *siehe* ökonomische  
   Analyse des Rechts  
 Leitbild 137, 302  
 Lenkungssteuer 183, 217, 220  
 Lenkungswirkung 208, 217 f.
- Mandated Choice* 122, 128 ff., 279 f., 326  
 Manipulation 141, 216, 222, 224 ff., 237,  
   240, 252, 257, 328 f.  
 Menschenbild des Grundgesetzes 44  
 Menschenwürde 152 f., 172, 192 ff.
- Mindestintensität *siehe* Bagatellgrenze  
 negative Informationsfreiheit 184 f., 187,  
   253, 258, 286  
 Neutralitätsgebote 305 ff.  
 Normalzustand 272–277  
 Normenklarheit 295–299  
 Normenwahrheit 295–299  
*Nudge Unit* 1, 65, 142  
 Nudging 1 ff., 38 ff., 84 ff., 107  
   – Begriff 84–88  
   – gemeinwohlorientiertes 97 ff., 107  
   – individualisiertes 108  
   – informationelles 109, 256  
   – mittelbares 107, 115  
   – normakzessorisches/normflankierendes  
   108  
   – normersetzendes 108  
   – paternalistisches 97 ff., 107  
   – soziales 115, 264  
   – Typ 1/Typ 2 97, 230
- Objektformel 152  
 öffentlich-rechtlicher Vertrag 283  
 Ökonomik 20, 39 f., 42, 44  
   – experimentelle 46  
 ökonomische Analyse des Rechts 42, 46  
 Opt-out-Regeln *siehe* Standardvorgaben  
*Optimism Bias* 49  
 Ordnungsrecht 26–29  
 Organspende 115, 118 f., 129, 139, 188,  
   190, 265–274, 276, 280, 318, 350  
*Overconfidence Bias* 49
- Paternalismus 67 f., 70–74, 76–84, 307–317,  
   332–340, 342–346, 348 f.  
   – Begriff 68  
   – gemischter 82, 343  
   – liberaler 3, 80, 97 ff., 139, 228, 307, 333  
   – weicher 70, 336  
 Persönlichkeitsrecht, allgemeines 250–253  
 Präferenzen 33, 40 f., 46, 50, 53, 55, 73 f.,  
   89–96, 162, 165, 215 f., 219, 223 f., 228 f.,  
   231 f., 235, 327, 329, 338 ff.  
   – konstruktive 90, 177, 204  
   – langfristige 91, 93, 177, 250  
*Present Bias* 56  
*Privacy by Default* 121  
 Privatautonomie 281, 311  
 Prognose 319 f., 331

- Prompted Choice* 128 ff., 279 f., 326  
*Prospect Theory* 47, 50 f., 53, 63
- Rationalität 32 f., 37, 40 f., 45 f.  
 – begrenzte 45–55  
*siehe auch Homo-oeconomicus-Modell*  
*Rebiasing siehe Debiasing*  
 Recht auf Nichtbefassung 187, 189, 255, 265, 272, 276 f., 286  
 Recht auf Nichtwissen 186  
 Recht, in Ruhe gelassen zu werden 186  
 Rechtsform 133  
 Rechtssicherheit 295  
 Rechtswahrheit 295–299, 352  
 reflektiertes Entscheiden 96 f., 214, 223–227, 230–236, 238–243, 256, 259 ff., 330, 349, 353 f.  
 religiös-weltanschauliche Neutralität 305  
 Reorganisation von Entscheidungsoptionen 123  
 Richtigkeit 294 f., 297 ff., 322 ff.  
 Rückschlußfehler 48
- Sachlichkeit 322 ff.  
 Salienz 110 f., 256–259  
 Schutzpflicht 81, 149, 161, 170, 289, 308, 315, 334 ff., 345  
 Selbstbestimmung 69 f., 158  
 Selbstbindungshilfen 132, 282 ff., 326  
*Simplification* 111  
 Smileys 113  
 Sozialstaatsprinzip 311, 334, 344 f.  
 Standardvorgaben 76, 117–120, 122 ff., 129, 188 ff., 255, 265–278, 280, 326, 352  
*Status quo Bias siehe* Tendenz zum Status quo  
 Steuerlotterie 126  
 Steuerung 11 ff., 15–18  
 – Steuerungsinstrument 11, 13, 24–39, 98  
 – Steuerungsperspektive 14 f.  
 – Steuerungswissen 12  
 Stimmzettel *siehe* Freiheit der Wahl  
 Suggestion 103, 296 f., 322
- Täuschung 223, 237 ff., 257, 261, 264, 296–299  
 Tendenz zum Status quo 52, 78, 117, 139, 265–279, 281  
 Transparenz 231–239, 258, 263, 267 f., 270, 297 f., 326, 328, 330, 350, 354 f.
- Typisierungsbefugnis 338–341  
 Urteilsfehler 48
- Verbot 26, 85  
 Verbraucherschutz 137  
 Verfügbarkeitsheuristik 49, 77, 90, 110, 257  
 Verhaltensökonomik 20 ff., 45–56, 65 ff., 87, 139 f., 147 f.  
 Verhaltenswissenschaft *siehe* Verhaltensökonomik  
 verhaltenswissenschaftlich informiertes Handeln 65  
 Vertrauensschutz 295  
 Verzerrung *siehe* Bias  
 Vorbehalt des Gesetzes 288–292, 294  
 Vorfeldschutz 167
- Wahlhilfen 71, 334, 339, 341  
 Warnungen, grafische 111  
 Wesentlichkeitstheorie 291  
 Widerrufsrecht 131, 280 f.  
 Widerspruchslösung 118, 188, 190, 271 f., 276, 351  
 Willensbildung 29, 89, 145, 165–168, 170, 172 f., 179 f., 182, 193, 203, 207 f., 213, 215 ff.  
 Willensbildungsvorgang 179  
 Willensentschließungsfreiheit 165 ff., 175, 177, 182, 193, 210, 214, 220, 242, 246 f., 250, 255, 265, 352  
 Willenskraft, begrenzte 55 f.  
 Wirkungslogik 38, 85, 87 f., 98, 102  
 Wissensdefizit 74
- Zurechnung 247–250  
 Zwangsvergleichbarkeit 215 f., 218, 220 f.  
 Zwei-Prozesse-Modell 57 ff.