

QUIRIN WEINZIERL

Dark Patterns und
die innere Sphäre
der Grundrechte

Internet und Gesellschaft

36

Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft
Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von

Jeanette Hofmann, Matthias C. Kettemann,
Björn Scheuermann, Thomas Schildhauer
und Wolfgang Schulz

36



Quirin Weinzierl

Dark Patterns und die innere Sphäre der Grundrechte

Grundrechtlicher Schutz vor dem Ausnutzen
von Rationalitätsdefiziten

Mohr Siebeck

Quirin Weinzierl, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft, Ludwig-Maximilians-Universität München, Yale Law School und Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer (Promotion); Lehrbeauftragter, Ludwig-Maximilians-Universität München; Rechtsreferendariat, Oberlandesgericht München, Stationen u.a. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer; Gastwissenschaftler, Norwegian Research Center for Computers and Law (NRCCCL); Politischer Berater, Kabinett der Vizepräsidentin des Europäischen Parlaments, Dr. Katarina Barley, Bundesministerin der Justiz, a.D.; 2023 Promotion.

Open Access gefördert durch den Fachinformationsdienst (FID) interdisziplinäre Rechtsforschung in Berlin.

Diss. Universität Speyer 2023.

ISBN 978-3-16-163428-4 / eISBN 978-3-16-163429-1

DOI 10.1628/978-3-16-163429-1

ISSN 2199-0344 / eISSN 2569-4081 (Internet und Gesellschaft)

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

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2024. www.mohrsiebeck.com

© Quirin Weinzierl

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von epline in Bodelshausen aus der Minion gesetzt.

Meinen Eltern
Aenny Luise Irmgard Brigitte Weinzierl, geb. Riedle
und
Dr. Armin Weinzierl (1951–1996)

Vorwort

Die Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2022/2023 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind – mit Ausnahme vereinzelter späterer Veröffentlichungen – bis zum März 2023 berücksichtigt.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Prof. Dr. Mario Martini, für seine nunmehr 15 Jahre währende Unterstützung und Förderungen, für akademische Freiheit und Rigorosität ebenso wie für die persönliche Begleitung. Prof. Dr. Constanze Janda danke ich für die unglaublich zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Den Herausgeber:innen der Schriftenreihe *Internet und Gesellschaft* danke ich herzlich für die Aufnahme. Dem Fachinformationsdienst für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung (intR)² danke ich für die gewährte Open-Access-Förderung.

Meine Promotions- und Forschungszeit am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (FÖV) und am Norwegian Research Center for Computers and Law (NRCCL) war eine immerwährende Bereicherung. Besonders danke ich meinen Kolleg:innen und Freunden Dr. Jonas Botta, Prof. Samson Yoseph Esayas, Ph.D., Dr. Thomas Kienle, Michael Kolain, Dr. Jan Mysegades, Paul Seeliger, Prof. Luca Tosoni, Ph.D., David Wagner, meinem Team im Dark Patterns Detection Project (*dapde*) sowie den Mitarbeitenden des Programmbereichs Digitalisierung am FÖV. Zu besonderem Dank verpflichtet bin ich zudem Prof. Tobias Mahler, Ph.D., und Prof. Lee Bygrave, Ph.D., für die herzliche Aufnahme am NRCCL. Ebenso danke ich Beate Bukowski und Ulrike Urbanek für die Hilfe bei der Erstellung dieser Arbeit.

Meiner Mutter und meiner Schwester wie meinem Schwager möchte ich von Herzen für ihre Unterstützung während aller Phasen meines (nicht nur) akademischen Werdegangs danken. Meiner Partnerin Catherine und ihrer Familie danke ich für ihre liebevolle Begleitung. Nicht zuletzt bin ich meinen Freunden, die mich auf meinem Weg begleitet haben, unendlich dankbar – in München, New Haven, Oslo, Berlin, Brüssel, Buenos Aires und anderswo.

Brüssel, im Dezember 2023

Quirin Weinzierl

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung: Einem neuen Steuerungsmittel auf der Spur	1
Erster Teil: Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten als Steuerungsmittel.....	7
§ 1 Erfassung des Steuerungsmittels	7
Zweiter Teil: Grundrechtlicher Rahmen	55
§ 2 Abwehrrecht für die innere Sphäre der Grundrechte	56
§ 3 Schutzpflicht für die innere Sphäre der Grundrechte	139
§ 4 Grundrechtsschutz für Übergriffe in die innere Sphäre der Grundrechte	160
Dritter Teil: Konkordanzbildung mit Blick auf Dark Patterns	189
§ 5 Kontrollnorm: Untermaß des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte	190
§ 6 Handlungsnorm: Optimierung des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte	221
Zusammenfassung	257
Literaturverzeichnis	267
Stichwortregister	297

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung: Einem neuen Steuerungsmittel auf der Spur	1
A. Entscheidungsumgebungen – Ein wirkmächtiges Steuerungsmittel ...	1
I. Einsatz durch den Staat: Widerspruchslösung bei Organspende ..	1
II. Einsatz durch Private: Dark Patterns	2
B. Steuerungsmittel losgelöst von seinem Zweck	3
C. Forschungsfrage und Aufbau der Arbeit	4
Erster Teil: Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten als Steuerungsmittel.....	7
§ 1 Einfassung des Steuerungsmittels	7
A. Entscheidungslenkung aus verhaltensökonomischer Sicht	7
I. Ökonomisches Modell rationalen Entscheidens	7
1. Rational Choice und Expected Utility Theory	8
2. Rationalitätserwartung	10
II. Verhaltensökonomische Rationalitätsdefizite – Begrenzte Rationalität	11
1. Rationale Irrationalität (Bounded Rationality i. e. S.)	11
2. Rationalitätsdefizite (Bounded Rationality i. w. S.).....	12
a) Empirische Widerlegung des RCT-Modells	12
b) Rationalitätsdefizite: Urteils- und Entscheidungsfehler	13
aa) Urteilsfehler	13
bb) Entscheidungsfehler	14
c) Präferenzen	16
d) Weitere Rationalitätsdefizite	17
3. ‚Interne‘ und ‚externe‘ Kritik der Kritik	17
III. Entscheidungslenkung: Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten ...	18

1.	Ausnutzen durch Vorhersehbarkeit („Predictably Irrational“)	19
2.	Konzept des Ausnutzens	20
3.	Ausnutzen in der Praxis	22
a)	Staatliches Ausnutzen – Beispiel Organspende	22
b)	Privates Ausnutzen – Beispiel Vertrags- und Preisgestaltung	23
IV.	Abgrenzung zu anderen Steuerungsmitteln	23
1.	Zwang und Umweltveränderung	24
2.	Anreiz, insbesondere Normbefehl	25
3.	Information und Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten	27
a)	Information	27
b)	Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten	28
V.	Entscheidungslenkung am Beispiel „Dark Patterns“	29
1.	Definition von Dark Patterns	29
2.	Dark Patterns im verhaltensökonomischen Licht	32
a)	Dark Patterns und Rationalitätsdefizite	32
b)	Möglichkeit des Ausnutzens – Gezieltes Testen	33
c)	Wirksamkeit	34
B.	Entscheidungslenkung, Autonomie und Paternalismus	35
I.	(Prozess-)Autonomie	35
1.	Maßstab: Ideale Autonomie	35
2.	Bestimmung idealer Autonomie	37
a)	Konsequentialistischer, insbesondere utilitaristischer, Kompetenzansatz	37
b)	Deontologischer Authentizitätsansatz	38
3.	Ausnutzen und Autonomie	39
a)	Nach dem Kompetenzansatz	39
b)	Nach dem Authentizitätsansatz	40
II.	Paternalismus	41
1.	Definition von Paternalismus	41
2.	Harter, weicher und liberaler Paternalismus	41
a)	Unterscheidung nach Zweck: Hart und weich	42
b)	Unterscheidung nach Mittel: Liberal und anti-liberal	43
3.	Ausnutzen und Paternalismus	43
C.	Marktversagen und Rationalitätsdefizite	44
I.	Der Marktmechanismus	44
II.	Marktversagen aus ökonomischer Sicht	45
1.	Vorliegen eines Marktversagens bei Dark Patterns	45
a)	Ineffiziente Verteilung	46
b)	Keine Bereinigung durch den Markt	46
2.	Kein klassischer Fall von Marktversagen – „Behavioral Market Failure“	48

III. Marktversagen und Regulierung	49
1. Effizienz als ökonomische Rechtfertigung von Regulierung ...	49
2. Regulierung des behavioristischen Marktversagens	50
D. Zusammenschau des § 1	51
Zweiter Teil: Grundrechtlicher Rahmen	55
§ 2 Abwehrrecht für die innere Sphäre der Grundrechte	56
A. Vorab: Freiheitsrechte als Abwehrrechte (<i>status negativus</i>)	56
B. Schutz des Entscheidungsprozesses (innere Sphäre)	58
I. Hintergrund: Menschenbild des Grundgesetzes	58
1. Ideelles Menschenbild des Grundgesetzes	59
a) Individuelle Komponente	59
b) Kollektive Komponente	61
c) Menschenbild als ideelles Bild	61
2. (Verhaltens-)Ökonomische Reflexion	62
3. Zwischenergebnis	63
II. Abwehrrechtlicher Schutz der inneren Sphäre	63
1. Grundsätzlich: Äußere Sphäre als Schutzgegenstand	64
2. Schutz der inneren Sphäre?	65
a) Schutz nur im Rahmen einzelner Kontexte?	66
b) Genereller Schutz	67
3. Zwischenergebnis	69
III. Rechtliche Verortung des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte	69
1. Verortung in einem speziellen Grundrecht?	69
a) In der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)?	70
b) Im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)?	71
c) In der freien Entfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG)?	73
d) In einheitlichem, neuem Grundrecht?	73
2. Schutz durch jedes (Freiheits-)Grundrecht	74
a) Die Innendimension der (Freiheits-)Grundrechte	74
b) Schutz „i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG“?	77
3. Zwischenergebnis	78
IV. Inhalt und Umfang des Rechts	78
1. Präferenzautonomie: Recht auf Werte und Überzeugungen ...	78
2. Prozessautonomie: Recht auf Entscheidungsfindung	80
a) Verfassungsrechtliche Herleitung	80
b) (Verhaltens-)ökonomische Einordnung	81

3. Zwischenergebnis: Schutz der Unbeeinflusstheit, nicht der Rationalität!	82
V. Grenzen des Schutzes	83
1. Extern: Einbettung und Gemeinschaftsbezogenheit	83
2. Intern: Voraussetzungen der Schutzwürdigkeit	84
a) Notwendigkeit voller Autonomie/Rationalität?	84
b) Voraussetzung innerer Autonomie: Natürlicher Wille	85
c) Teilweise anders: BVerfG zu Suizidhilfe?	86
3. Zwischenergebnis	87
VI. Abgrenzungen	88
1. Äußere Freiheit	88
2. Integritätsinteressen	89
VII. Ergebnis	90
C. Eingriffe in die innere Sphäre der Grundrechte	91
I. Nach dem klassischen Eingriffsbegriff?	92
II. Nach dem modernen Eingriffsbegriff	93
1. Moderner Eingriff(-sbegriff)	94
2. Direkter Eingriff in die innere Sphäre	95
a) Grundsätzlich	95
b) Im Einzelnen	96
aa) Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten	96
bb) Information	97
3. Einwirken als Zugewinn an Freiheit?	98
a) Individuelle Freiheitserweiterung nach Schutzgut der inneren Sphäre?	98
b) Überindividueller Ordnungszielansatz?	99
aa) Vorhandene Ansätze	100
bb) Kritik	101
4. Zwischenergebnis	102
III. Einschränkungen des weiten, modernen Eingriffsverständnisses?	103
1. Allgemeine Einschränkungen?	103
a) Ausschluss ‚offener‘ Einflüsse?	104
b) Unvermeidbarkeit von Steuerung?	106
2. Für finale Eingriffe	106
a) Finalität genügt für Eingriff	107
b) Vorliegen von Finalität	107
3. Für nicht-finale Eingriffe: Wirkungsschwelle	108
a) Intensitätsschwelle?	108
aa) Grundsätzliche Einwände gegen Intensitätsschwelle ...	109
bb) Besonderheiten bei dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten?	109

b) Steuerungswirkung zur Eingriffsermittlung	111
aa) Das Wissensproblem	112
bb) Quantitativ: Empirische Steuerungsermittlung	112
cc) Qualitativ: Typisierende Steuerungsermittlung	113
dd) Annahmenbildung	114
4. Zwischenergebnis	115
IV. Ergebnis	116
D. Rechtfertigung	117
I. Zentral: Betrachtung des Mittels, nicht des Zwecks	117
II. Rechtfertigbarkeit von Eingriffen in die innere Sphäre	118
1. Grundsätzliche Rechtfertigbarkeit	118
2. Ausnahmen – Absoluter Schutz der inneren Sphäre?	119
a) Durch die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)	119
aa) Objektformel	119
bb) (Objekt-)Subjektformel	121
b) Durch die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG)	124
c) Nur ausnahmsweise absoluter Schutz	126
III. Materielle Rechtfertigung	126
1. Verhältnismäßigkeit	126
a) Legitimität des Zwecks und Ziels	127
b) Geeignetheit	128
c) Erforderlichkeit	129
aa) Keine pauschale Beurteilung	129
bb) Inter-sphärischer Mittelvergleich	130
d) Angemessenheit	132
2. Vorbehalt des Gesetzes	134
IV. Formelle Rechtfertigung	135
V. Ergebnis	136
E. Zusammenschau des § 2	137
§ 3 Schutzpflicht für die innere Sphäre der Grundrechte	139
A. Vorab: Freiheitsrechte als Leistungsrecht	139
I. Schutzpflicht (<i>status positivus libertatis</i>)	140
II. (Echtes) Leistungsrecht (<i>status positivus socialis</i>)	140
III. Bereitstellungspflicht (<i>status activus</i>)	141
IV. Einordnung	142
B. Schutzpflicht für den Entscheidungsprozess	143
I. Schutz der äußeren Sphäre der Grundrechte	143
1. Schutz vor Zwang/Umweltveränderung	144
2. Schutz vor Anreiz	144

a) Grundsätzlich zur Schutzpflicht	145
b) Einordnung: Rechtskreisbewahrend oder -erweiternd?	147
c) Ökonomisch: Marktversagen als Schutzpflichtaktivierung ..	148
3. Zwischenergebnis	149
II. Schutz der inneren Sphäre der Grundrechte	149
1. Begründung der Schutzpflicht	149
a) Herleitung	149
b) Inhalt: Schutz vor Fremdbestimmung, nicht zur Rationalität	151
2. Ökonomisch: Schutzpflicht bei „Behavioral Market Failure“ ..	152
III. Ergebnis	153
C. (Weitere) Grundrechte auf Seite der Nutzer:innen	154
I. Von Schutz betroffene Schutzbereiche	154
II. Eingriff durch Schutz	155
1. Eingriff hinsichtlich aller Nutzer:innen: Allgemeine negative Effekte	155
2. Sonderfall: Überschießende Wirkung (False Positives)	156
3. Anscheinend anders das BVerfG	157
III. Ergebnis	158
D. Zusammenschau des § 3	158
§ 4 Grundrechtsschutz für Übergriffe in die innere Sphäre der Grundrechte	160
A. Grundrechtsschutz von Entscheidungsarchitekturen	160
I. Allgemeine Einschränkung des Schutzbereichs?	161
1. Gemeinwohlklausel?	161
2. Gewaltverbot	163
3. Menschenwürde	165
4. Zwischenergebnis	165
II. Schutzbereichseröffnung im Einzelnen	166
1. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)	166
a) Inhalt: „Meinung“	166
b) Medium: „Wort, Schrift, Bild“	168
c) Mittel: „äußern und verbreiten“	168
aa) Schutz innerer Wirkungen	168
bb) Grenzen der inneren Wirkungen	169
cc) Erfasste Dark Patterns	171
2. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	171
3. Allgemeine Handlungsfreiheit, inklusive Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	173
III. Ökonomische Bewertung	174
IV. Ergebnis	175

B.	Eingriff durch Unterbindung sowie durch De-Biasing	176
I.	Direkt durch Unterbindung	176
II.	Indirekt durch De-Biasing	177
1.	Staatliche Information als Grundrechtseingriffe für indirekt Betroffene	178
2.	Staatliches De-Biasing als Grundrechtseingriff für indirekt Betroffene	180
III.	Ergebnis	181
C.	Rechtfertigung	181
I.	Besondere Voraussetzungen einzelner Grundrechte	182
1.	Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 2 GG)	182
a)	Nicht gegen bestimmte Meinung gerichtet	183
b)	Legitimes Schutzziel	183
2.	Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG)	184
3.	Allgemeine Handlungsfreiheit, inklusive Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	185
II.	Verhältnismäßigkeit	185
III.	Ergebnis	186
D.	Zusammenschau des § 4	186
Dritter Teil: Konkordanzbildung mit Blick auf Dark Patterns		189
§ 5 Kontrollnorm: Untermaß des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte		190
A.	Konkordanz als Kontrollnorm	190
B.	Auslösen der Kontrollnorm	191
I.	Erfordernis hinreichender Gefährdungslage	191
II.	Auslösen mit Blick auf Dark Patterns	193
C.	Bestimmung des Mindestschutzmaßes für die innere Sphäre der Grundrechte	193
I.	Allgemeine Erwägungen	194
II.	Skala des Grads der Entscheidungsautonomie	194
1.	Unterer Schutzbereich	194
2.	Mittlerer Schutzbereich	195
3.	Oberer Schutzbereich	195
III.	Ergebnis	196
D.	Erreichen des Mindestschutzmaßes in einzelnen Regelungsbereichen	196
I.	Datenschutzrecht (DSGVO, TTDSG)	197
1.	Mindestschutzmaß im Datenschutzrecht	198

2.	Überprüfung des Datenschutzrechts	198
a)	Einwilligungsvoraussetzungen (Art. 4 Nr. 11 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG])	199
aa)	Freiwilligkeit	199
bb)	Informiertheit	201
cc)	Unmissverständlichkeit	203
b)	Widerrufsrecht (Art. 7 Abs. 3 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG])	204
c)	Data Protection by Default und Data Protection by Design (Art. 25 Abs. 2 und Abs. 1 DSGVO)	205
3.	Verhaltensökonomisch informierte Auslegung des Datenschutzrechts	206
II.	Lauterkeitsrecht (UWG, UGP-RL)	207
1.	Mindestschutzmaß im Lauterkeitsrecht	207
2.	Überprüfung des Lauterkeitsrechts	208
a)	Irreführungsverbot (§ 5 UWG)	208
b)	Verbot der aggressiven geschäftlichen Handlung (§ 4a UWG)	209
3.	Verhaltensökonomisch informierte, verfassungskonforme Auslegung des Lauterkeitsrechts	210
III.	Allgemeines Vertragsrecht – insbesondere § 123 Abs. 1 BGB	211
1.	Mindestschutzmaß im Vertragsrecht	212
2.	Überprüfung des Vertragsrechts	212
3.	Verhaltensökonomisch informierte, verfassungskonforme Auslegung des Vertragsrechts	213
IV.	Exkurs: Gesetze über digitale Dienste (DSA) und über digitale Märkte (DMA)	214
1.	Gesetz über digitale Dienste (DSA)	214
2.	Gesetz über digitale Märkte (DMA)	216
3.	Weiter gehende Implikationen des Gesetzes über digitale Dienste	216
E.	Kritik des Regelungsmodells	217
F.	Zusammenschau des § 5	218
§ 6	Handlungsnorm: Optimierung des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte	221
A.	Konkordanz als Handlungsnorm	221
B.	Zu optimierende Grundrechtspositionen	221
I.	Übergreif in die innere Sphäre – Schutzrecht der Betroffenen	222
II.	Schutzeingriff – Grundrechte der Verwender:innen	222

III. Eingriff durch Schutzmaßnahmen – Abwehrrechte der Geschützten	223
IV. Ergebnis	224
C. Verfassungsökonomische Bewertung	224
I. Modell zur Bewertung des Erwartungsnutzens einer Intervention	225
1. Ausgangslage: Entscheidung unter stark wirkenden Dark Patterns	225
a) Voll-präferenzgerechte Entscheidungen	226
b) Einfluss starker Dark Patterns	227
2. Eliminieren einer Option: Verbot von Cookies	228
3. Erweiterung: Symmetrische und asymmetrische Erschwerung einer Option	229
4. Frustrations- und Interventionskosten	231
5. Gesamtnutzen der Intervention	233
II. Bewertung	234
1. Grundsätzlich zur verfassungsökonomischen Bewertung	234
2. Hilfreiche Ableitungen	235
D. Anwendung auf den Schutz vor Dark Patterns	236
I. ‚Klassischer‘ Kanon: Strategien im Umgang mit Rationalitätsdefiziten	237
1. Äußere Strategien	237
2. Innere Strategien	238
3. Bewertung	240
II. Neuer Kanon: Strategien gegen das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten	240
1. Transparenz	241
2. Verbot von Dark Patterns bzw. des Ausnutzens von Entscheidungsschwächen	242
a) Gestaltungsvarianten	242
b) Bewertung	243
3. Weitere Vorgaben zur Entscheidungsgestaltung	244
a) Gewisse Designs unterbinden bzw. vorgeben	244
b) Begrenzung der Wirkungsstärke	245
c) Begrenzung der Einwirkungsrichtung	246
d) Neutralitäts- bzw. Fairness-by-Design-Pflicht	247
e) Bewertung	248
4. Vorfeldschutz	249
a) Begrenzung von A/B-Tests; Test-Repositoryen; Informationsanspruch	249
b) Regulierung verwendeter KI-Systeme	250
5. Aufhebung der Entscheidung	251

III. Handlungsempfehlungen für den Schutz vor Dark Patterns	252
E. Zusammenschau des § 6	255
Zusammenfassung	257
A. (Verhaltens-)Ökonomische Einordnung des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten	257
B. Abwehrrecht für die innere Sphäre der Grundrechte	259
C. Schutzpflicht für die innere Sphäre der Grundrechte	260
D. Grundrechtsschutz für Übergriffe in die innere Sphäre der Grundrechte	261
E. Kontrollnorm: Kein hinreichender gesetzlicher Schutz vor Dark Patterns	262
F. Handlungsnorm: Empfehlungen für den Schutz vor Dark Patterns . . .	264
G. <i>Conclusio</i>	265
Literaturverzeichnis	267
Stichwortregister	297

Abkürzungsverzeichnis

EUT	Expected Utility Theory
KI	Künstliche Intelligenz
RCT	Rational Choice Theory

Im Übrigen wird auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl. 2021, verwiesen.

Einleitung

Einem neuen Steuerungsmittel auf der Spur

A. Entscheidungsumgebungen – Ein wirkmächtiges Steuerungsmittel

Nicht nur ein Ge- und Verbot, ein finanzieller Vor- und Nachteil oder gar ein physisches Hindernis bewegen den Menschen dazu, etwas zu tun oder zu lassen. Um zu beeinflussen, wie Menschen entscheiden, kann es vielmehr genügen, die Umgebung einer Entscheidung nur geringfügig zu ändern. Eine etwas anders formulierte Frage oder die Änderung einer Voreinstellung können ebenso große Effekte erzielen wie ein gesetzliches Gebot. Diese Einsicht der verhaltensökonomischen Forschung hat nicht zuletzt das Buch „Nudge – Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness“¹ von *Thaler/Sunstein* in das breite Bewusstsein der Politik und der Bevölkerung getragen. Grundannahme der Verhaltensökonomie ist, dass die Gestalter:innen von Entscheidungsumgebungen Schwächen im menschlichen Entscheidungsprozess gezielt ansprechen und ausnutzen können. Gestalten der Staat (unten I.) oder Private (unten II.) Entscheidungsumgebungen, vermögen sie hierdurch die Entscheidungsvorgänge und damit das Handeln anderer in eine gewünschte Richtung zu stupsen (engl. „nudgen“).

I. Einsatz durch den Staat: Widerspruchslösung bei Organspende

Die Proponent:innen des Nudging haben deutlich gemacht, dass der Staat allzu oft nicht auf Verbote angewiesen ist, um seine Ziele zu verfolgen.² Will der Staat etwa Autofahrer:innen davor bewahren, sich oder andere durch überhöhte Geschwindigkeit zu gefährden, hat er nicht nur die Möglichkeit, Geschwindigkeitsbegrenzungen zu erlassen. Er kann beispielsweise auch Hinweisschilder mit Schockbildern aufstellen, um so die Gefahren in das Bewusstsein zu rufen, die durch ein zu hohes Tempo im Straßenverkehr entstehen.³ Hat der Staat das Anliegen, mehr Menschen zur Organspende zu animieren, ist er nicht darauf begrenzt, deren Bereitschaft durch Pflicht oder gewährte Vorteile zu erhöhen. Ebenso wirksam oder gar wirksamer ist es, statt einer Zustimmung- eine Wi-

¹ *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009. Nunmehr in einer überarbeiteten Fassung erschienen, ohne den zuvor verwendeten Untertitel: *dies.*, Nudge, 2021.

² *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2021, S. 179 ff.

³ *Graf*, in: *Straßheim/Beck* (Hrsg.), *Behavioural Change*, 2019, S. 23, 28 ff.

derspruchslösung zu etablieren.⁴ Letztere wirkt, da Menschen dazu neigen, die per Gesetz vorgewählte Organspender:inneneigenschaft beizubehalten – von der Abwahlwahlmöglichkeit machen sie nur selten Gebrauch.⁵

Dabei ist es zumeist kein Zufall, wenn der Staat sich der Entscheidungsschwächen der Menschen bedient, um sie zu lenken. Vielmehr forciert er geradezu, derartige Lenkungsmacht systematisch zu erforschen und zu nutzen⁶ – etwa durch sog. Behavioral Insights Units⁷, die Erkenntnisse der Verhaltenswissenschaft im Auftrag der Exekutive auswerten.⁸

II. Einsatz durch Private: Dark Patterns

Auch Akteur:innen außerhalb des politischen Betriebs haben die ‚frohe Botschaft‘ vernommen, dass sie die Entscheidungsfindung ihrer Kund:innen nicht nur durch wirtschaftlich reizvolle Angebote und überzeugende Verkaufsargumente beeinflussen können. Der Kuchen, der in der Cafeteria direkt an der Kasse platziert ist, zeigt ebenso wie Quengelware im Supermarkt, dass der analoge Handel schon lange psychologische Tricks im Repertoire hat.

Spätestens mit dem aufkommenden E-Commerce haben sich solche Verkaufsstrategien jedoch vom Bauchgefühl der guten Kauffrau oder des guten Kaufmanns zu einer empirisch untermauerten Erkenntnis gemausert. Auf Shoppingwebseiten, digitalen Plattformen und ganz allgemein bei dem Besuch von Webseiten hat sich in den letzten Jahren verstärkt der Eindruck aufgedrängt, dass das Design der Entscheidungsumgebungen nicht davon geleitet ist, den Nutzer:innen einen möglichst einfachen Seitenbesuch zu erlauben. Im Gegenteil: Das Design digitaler Angebote ließ zunehmend das Gefühl entstehen, die Anbieter:innen wollten Entscheidungen ihrer Kund:innen bewusst zu ihrem eigenen Vorteil lenken.

Beispiele hierfür finden sich gleichsam wie Sand am Meer.⁹ Verantwortliche für Datenverarbeitungen treffen Voreinstellungen für Eingabemöglichkeiten. Countdowns bei Flugbuchungen befristeten Entscheidungen und erzeugen da-

⁴ S. das Laborexperiment von *Dalen/Henkens*, *Soc. Sci. Med.* 106 (2014), 137 (139 ff.); im Reallabor *Johnson/Goldstein*, *Science* 302 (2003), 1338 (1338 f.); s. unten Fn. 98, 99.

⁵ *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 2021, S. 253 ff.; *Böker*, *Nudge*, 2021, S. 144 ff.

⁶ Vgl. etwa *OECD*, *Behavioural Insights*, 2017; *Testori Coggi*, *Behavioural Insights, Politico*, 13.6.2012.

⁷ I. R. d. sog. „Behavioral Insight Approach“. Hierfür stehen die „Nudge-Unit“ in Deutschland, das EU JRC Competence Centre on Behavioural Insights, das U. S. Social and Behavioral Sciences Team sowie das britische Behavioural Insights Team. Vgl. etwa *Alemanno*, in: *Straßheim/Beck* (Hrsg.), *Behavioural Change*, 2019, S. 138, 139 ff.; *Ciriolo/Lourenco et al.*, in: *Straßheim/Beck* (Hrsg.), *Behavioural Change*, 2019, S. 101, 102 f.

⁸ *Strassheim/Jung et al.*, in: *Antal/Hutter/Stark* (Hrsg.), *Moments of Valuation*, 2015, S. 249, 249 ff.; *Hallsworth/Kirkman*, *Behavioral Insights*, 2020, *passim*; *Hall/Jurcovic*, *Behavioral Insights*, 2022, S. 8 ff.

⁹ Vgl. zu den Beispielen etwa *Weinzierl*, *NVwZ-Extra* 15/2020, 1 (1).

durch Entscheidungsdruck. Verweise auf die (vermeintliche) Knappheit eines Guts erzeugen ein Kaufbegehren. Hinweise auf das (vermeintliche) Verhalten anderer Nutzer:innen sprechen die Menschen als Herdentiere an. Die farbliche und sonstige graphische Gestaltung von Benutzungsoberflächen lenkt die Aufmerksamkeit der Entscheider:innen in eine bestimmte Richtung. All diese Design-Tricks haben unter dem Schlagwort *Dark Patterns* zunehmend journalistische und politische Aufmerksamkeit erlangt.¹⁰

B. Steuerungsmittel losgelöst von seinem Zweck

Die Methode, Menschen durch die Gestaltung von Entscheidungsumgebungen zu lenken, hat viel Gegenwind erfahren. Von Bevormundung und Paternalismus ist landläufig zu hören. Die Diskussion des Nudging dreht sich bisher zumeist darum, ob der Staat verhaltenswissenschaftliche Steuerungsinstrumente trotz ihrer paternalistischen Züge einsetzen darf.¹¹ Viele sehen Vater Staat als besserwissenden Freiheitsbeschneider in einem unscheinbaren Kostüm wiedergeboren.¹² Die Literatur erörtert, ob es zulässig ist, Entscheider:innen durch nicht-zwingende Mittel zu besseren Entscheidungen zu bewegen und damit vor sich selbst zu schützen: Die Suche nach den Grenzen dieses „liberale[n] Paternalismus“¹³ (oder engl. „libertarian paternalism“¹⁴) bestimmt die Debatte.

Die Beschäftigung mit dem Staat als bevormundenden ‚Nudger‘ scheint zwischenzeitlich die Sicht auf etwas anderes verstellt zu haben: Es ging verloren, dass die Befürworter:innen des Nudging allem voran ein wirkmächtiges Steuerungsmittel geschaffen bzw. offengelegt haben. Eine Vielzahl an staatlichen und privaten Anwendungsszenarien macht dies deutlich: Die Gestaltung der Entscheidungsumgebung kann Entscheidungen nicht nur – wie es dem Konzept des Nudging zugrunde liegt – zum Guten hin verändern. Sie vermag es ebenso, eine Entscheidung gegen die Interessen der Betroffenen und hin zu den Interessen der Gestalter:innen der Entscheidungsumgebung zu lenken. Dies legt einen zentralen Aspekt des Phänomens der Entscheidungsarchitekturen (*Choice Architectures*¹⁵) offen: Es ist möglich, das Mittel der Steuerung von seinem Ziel und Zweck zu trennen. Entscheidungsarchitekt:innen (*Choice Architects*¹⁶) kön-

¹⁰ Smith, *Escape Dark Patterns*, *Fast Company*, 7.2.2020; Siebert, Abzocke im Internet, BILD vom 6.4.2020; s. unten § 1 A. V.

¹¹ Vgl. etwa Aaken, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 109, 133 ff.; Gerg, *Nudging*, 2019, S. 135 ff.; Böker, *Nudge*, 2021, S. 83 ff.

¹² Paradigmatisch etwa Böker, *Nudge*, 2021, S. 72 ff.

¹³ Eidenmüller, *JZ* 2011, 814 (815 ff.); hierzu unten § 1 B. II. 2. b).

¹⁴ Thaler/Sunstein, *Am. Econ. Rev.* 93 (2003), 175 (175 ff.); Dworkin, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia*, 2020, *Paternalism*, § 4; Thaler/Sunstein, *Nudge*, 2021, S. 6 ff.

¹⁵ Thaler/Sunstein et al., in: Shafir (Hrsg.), *Behavioral Foundations*, 2013, S. 428; Kemmerer/Möllers/Steinbeis et al. (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, 2016.

¹⁶ Hierzu Thaler/Sunstein, *Nudge*, 2009, S. 3 ff.; Thaler/Sunstein et al., in: Shafir (Hrsg.), *Behavioral Foundations*, 2013, S. 428, 428 ff.

nen ein und dasselbe Steuerungsmittel unabhängig von dem damit verfolgten Lenkungszweck einsetzen.

C. Forschungsfrage und Aufbau der Arbeit

Für die althergebrachten Arten der Einflussnahme auf Einzelne – wie etwa Ge- und Verbot, Anreiz und Information – ist die Erkenntnis nicht neu, dass Mittel und Zweck in der rechtlichen Analyse getrennt zu betrachten sind. Für die Gestaltung von Entscheidungsumgebungen hingegen fehlt es bisher an einer Aufarbeitung, die das Mittel von dem Zweck trennt.¹⁷ Die bisherige Diskussion zu verhaltensökonomischen Erkenntnissen und Recht (*Behavioral Law and Economics*) hat es vernachlässigt, das von ihr propagierte Steuerungsmittel selbst einer kritischen verfassungsrechtlichen Analyse zu unterziehen.

Das Phänomen der *Dark Patterns* bietet nun einen willkommenen Anlass, den rechtsökonomischen Blick zu schärfen. *Dark Patterns* lenken den Fokus weg von dem Zweck staatlicher Verhaltenssteuerung. Die Existenz von *Dark Patterns* macht deutlich, dass das Steuerungsmittel als solches der rechtswissenschaftlichen Aufmerksamkeit bedarf. Mit den Worten der *Behavioral Law and Economics*-Forschung geht es darum, das Ausnutzen von Schwächen im Entscheidungsprozess (sog. Rationalitätsdefizite) als Steuerungsmittel verfassungsrechtlich zu untersuchen. Die wissenschaftliche Herausforderung ist es, herauszuarbeiten, wo für den Staat wie für Private die Grenzen liegen, dieses Steuerungsmittel einzusetzen.¹⁸

Die vorliegende Arbeit ordnet die skizzierte Problemlage zu Beginn verhaltenswissenschaftlich, philosophisch und ökonomisch ein (Erster Teil, § 1). Hierauf aufbauend entwickelt sie Grundlinien des verfassungsrechtlich, insbesondere grundrechtlich gebotenen Schutzes vor derartigen Einwirkungen. Anders gewendet fragt die Untersuchung danach, welcher grundrechtliche Rahmen gilt, wenn der Staat oder Dritte Entscheidungsumgebung gestalten und so auf Entscheidungen anderer einwirken (Zweiter Teil).¹⁹ So analysiert die Arbeit zum Ersten, ob der Staat selbst ein derartiges Steuerungsmittel verwenden darf (§ 2). Zweitens beleuchtet sie, inwieweit der Staat die Einzelnen davor schützen muss, dass Private sich des Steuerungsmittels bedienen (§ 3). Schließlich erörtert sie drittens, ob Private – die das Steuerungsmittel nutzen – grundrechtlichen Schutz

¹⁷ In diese Richtung *Alemanno/Sibony*, in: dies. (Hrsg.), *Nudge and Law*, 2015, S. 1, 10 ff., die von „public nudging“ und „private nudges“ sprechen.

¹⁸ *Böker*, *Nudge*, 2021, S. 73 ff., macht dies explizit gerade nicht so.

¹⁹ Der Fokus der Arbeit ist es hingegen nicht, allgemein die *Legalität* der Verhaltenslenkung durch Recht (also durch den Staat) – i. S. e. Lenkung bzw. Steuerung durch den Staat im Allgemeinen zur Erreichung gesellschaftspolitischer Ziele – aufzutun; vgl. hierzu etwa *Latzel*, *Verhaltenssteuerung und Privatautonomie*, 2020, S. 352 ff. Ebenso wenig geht es ihr um die Frage nach der allgemeinen *Legitimität* der Verhaltenslenkung durch Recht – i. S. e. Akzeptanz von Recht; vgl. hierzu *ebd.*, S. 157 ff.

beanspruchen können (§4). Anhand dieser Grundlagen betrachtet die Arbeit das gegenwärtige einfache Recht (Dritter Teil). Sie ermittelt, ob das Recht bzw. die ihm zugrundeliegenden Regelungsmodelle den gebotenen Mindestschutz gegenüber Dark Patterns wahren (§5). Am Beispiel des Datenschutzrechts wie des Lauterkeitsrechts sowie des allgemeinen Vertragsrechts zeigt sich, dass dies nicht der Fall ist. Entsprechend entwickelt die Arbeit eine regulatorische Antwort auf Dark Patterns (§6). Sie schließt mit einer Zusammenfassung.

Erster Teil

Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten als Steuerungsmittel

§ 1 Einfassung des Steuerungsmittels

Dem Staat wie auch Privaten ist es grundsätzlich möglich, Entscheidungsumgebungen so zu gestalten, dass sie dadurch den Entscheidungsprozess der Entscheider:innen beeinflussen. Diese Steuerungsmethode gilt es eingangs genauer unter die Lupe zu nehmen. Zentral ist dabei zu betrachten, wie sich Rationalitätsdefizite des menschlichen Entscheidungsprozesses ausnutzen lassen (unten A.). Hierauf aufbauend ist es möglich, zu bewerten, welche Bedeutung derartige Einflüsse – gerade in Abgrenzung zur Paternalismus-Kritik – für die Autonomie haben (unten B.). Versuchen Private die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber auszunutzen und so Entscheidungen zu lenken, sind zudem makroökonomische Konsequenzen zu befürchten. Konkret besteht die Gefahr, dass solche Einflüsse ein Marktversagen auslösen (unten C.). Der spezifische Anwendungsfall der *Dark Patterns* dient dabei stets als Anschauungsobjekt.

A. Entscheidungslenkung aus verhaltensökonomischer Sicht

Grundlage dafür, zu verstehen, wie sich Entscheidungen gezielt lenken lassen, sind das klassisch-ökonomische Modell rationalen Entscheidens (unten I.) sowie die verhaltensökonomischen Erkenntnisse darüber, wie Menschen tatsächlich entscheiden (unten II.).¹ Diese Befunde können erklären, wie sich Defizite im Entscheidungsprozess zu Steuerungszwecken ausnutzen lassen (unten III.). Eine derartige Verhaltenslenkung ist von anderen etablierten Steuerungsmitteln klar abgrenzbar (unten IV.). *Dark Patterns* veranschaulichen dies (unten V.).

I. Ökonomisches Modell rationalen Entscheidens

Als Ausgangspunkt der Überlegung eignet sich die neo-klassische Ökonomie. Sie will erklären und vorhersagen, wie sich Umweltveränderungen am Markt

¹ Die im Folgenden dargestellten (verhaltens-)ökonomischen Erkenntnisse sind dabei in weiten Teilen nicht neu. Die Untersuchung umreißt sie deshalb nur kurz. Einführend *Mathis/Steffen*, in: Mathis (Hrsg.), *European Perspectives on BLE*, 2015, S. 31, 31 ff.; *Weber/Schäfer*, *Der Staat* 56 (2017), 561 (564 ff.).

auswirken.² Dabei zielt die neo-klassische Ökonomie nicht zuvorderst darauf, individuelles Verhalten im Einzelfall vorherzusagen – sie interessiert vielmehr das Aggregat, etwa das Verhalten gewisser Gruppen.³ Gleichzeitig denkt die moderne Ökonomie jegliches Marktgeschehen stets vom Individuum aus. Insofern steht an gedanklich erster Stelle doch die Vorhersage individuellen Verhaltens – wenn auch typisiert⁴ als sog. methodologischer Individualismus.⁵ Um diese Aufgabenstellung zu bewältigen, formuliert die neo-klassische Ökonomie ein Entscheidungs- und Menschenbild: Sie konzipiert die Menschen als rationale Entscheider:innen. Bis heute prägt dieses Bild des Menschen – des sog. *homo oeconomicus* – das allgemeine Verständnis davon, wie die Einzelnen entscheiden.

1. Rational Choice und Expected Utility Theory

Um das Verhalten von Menschen vorherzusagen, greift die ökonomische Theorie auf das Modell rationaler Entscheidungen (*Rational Choice Theory*, RCT) zurück.⁶ Das Rationalverhaltensmodell beruht auf der Annahme, dass die Menschen unter Knappheit Entscheidungen treffen, die ihren Nutzen bezogen auf ihre Präferenzen maximieren.⁷

Wie die Einzelnen ihre am Nutzen ausgerichteten Entscheidungen genau vornehmen, beschreibt die sog. Erwartungsnutzen-Theorie (*Expected Utility Theory*, EUT). Sie nimmt an, dass die Menschen nach einer Kosten-Nutzen-Abwägung entscheiden, um ihren (Erwartungs-)Nutzen (*expected utility*) zu vergrößern.⁸ Zentraler Ansatz der Erwartungsnutzen-Theorie ist insoweit, dass die Entscheider:innen konkrete bzw. wahrscheinliche Ergebnisse einer Entscheidung in Nutzen transformieren, um so einen Nutzenvergleich anstellen und damit eine Wahl treffen zu können. Hierfür haben sie eine sog. Nutzenfunktion (*utility function*), die jeder Entscheidungsoption einen Erwartungsnutzen zuordnet.⁹

² Cooter/Ulen, *Law & Economics*, 2012, S. 11 ff.

³ Kirchgässner, *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 19.

⁴ Damit ist gleichzeitig nicht gesagt, dass Individuen voneinander isoliert agieren, im Gegenteil: Sie beeinflussen ihr Handeln stetig dadurch, dass sie – ökonomisch wirksam – Rahmenbedingungen des Entscheidens verändern.

⁵ Schumpeter, *Theoretische Nationalökonomie*, 1998, S. 88 ff.; Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 2005, S. 58; Kirchgässner, *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 21. Damit grenzt sich die neo-klassische Ökonomie von dem philosophischen bzw. ontologischen Individualismus ab. Insofern handelt es sich bei der klassischen Entscheidungstheorie um eine präskriptive Theorie.

⁶ Vgl. Korobkin/Ulen, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), 1051 (1060 ff.); darstellend Steinbeck/Lachenmaier, *NJW* 2014, 2086 (2087 f.); Chatziathanasiou/Leszczynska, *RW* 8 (2017), 314 (326 f.).

⁷ Kirchgässner, *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 12; Korobkin/Ulen, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), 1051 (1061): „rationally maximize their ends‘ (or their ‚utility‘)“; s. auch Böker, *Nudge*, 2021, S. 8 ff.

⁸ Tversky/Kahneman, *J. Bus.* 59 (1986), 251 (252 f.); Korobkin/Ulen, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), 1051 (1075); Korobkin, *U. Chi. L. Rev.* 70 (2003), 1203 (1219); Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 36 ff.

⁹ Simon, *Am. Econ. Rev.* 49 (1959), 253 (257 ff.); Laux/Gillenkirch et al., *Entscheidungstheorie*, 2018, S. 38.

Die Zielgrößen der Nutzenfunktion, also die *Präferenzen* der Entscheider:innen (*ends*), sind dabei nicht vorgegeben. Die Entscheider:innen definieren sie vielmehr selbst (sog. *thin conception of RCT*).¹⁰ Gleichwohl gelten Präferenzen als konstant.¹¹

Die Nutzenfunktion, also der *Entscheidungsweg* (*means*), ist in der neoklassischen Ökonomie hingegen vorgezeichnet: Die Entscheider:innen wählen die Alternative mit dem höchsten Erwartungsnutzen.¹² Hierbei handelt es sich um den Nutzen eines bestimmten Ergebnisses, gewichtet nach der Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieses Ergebnisses.¹³ Die Nutzenfunktion weist so jedem Ergebnis einen Nutzen(-wert) mit Blick auf die Präferenzen zu.¹⁴ Besteht hinsichtlich des Eintritts eines Ergebnisses ein Risiko oder eine Unsicherheit¹⁵, berücksichtigen die Entscheider:innen die jeweilige Eintrittswahrscheinlichkeit.

¹⁰ Korobkin/Ulen, Cal. L. Rev. 88 (2000), 1051 (1085, Fn. 124). Diese Beliebigkeit gegenüber dem Inhalt der Präferenzen gerät dabei leicht unter moralischen Rechtfertigungsdruck – entsprechend haben sich eine Vielzahl an Meinungen dazu gebildet, ob und wie Präferenzen einer Bewertung zugänglich sind. Bereits Mill, Utilitarianism, 1863 (Reprint 2001), S. 15; ebenso Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2009, S. 193 f. Hiervon unterscheiden sich Varianten der RCT, die annehmen, dass die Präferenzen aller Menschen gleich und allen Menschen inhärent sind (sog. *thick conception of RCT*). Als universelle Präferenzen kommen dabei das Eigeninteresse („Self-Interest“) sowie, enger, Wohlstand i. S. v. Geldvermögen („Wealth“) in Betracht; vgl. Korobkin/Ulen, Cal. L. Rev. 88 (2000), 1051 (1064 ff.).

¹¹ Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2009, § 5C: „Präferenzstabilität“; Böker, Nudge, 2021, S. 9.

¹² Insofern haben sie eine *Optimierungsregel*, die grds. auf Maximierung (des Nutzens) zielt. Vgl. zu den dahinterliegenden mathematischen Entwicklungen Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 44 ff.

¹³ Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 35, mit Verweis auf Neumann/Morgenstern, Theory of Games, 1944/2007, S. 17 ff.

¹⁴ Was den Nutzen eines Ergebnisses betrifft, müssen die Entscheider:innen – damit ihr Verhalten als rational gilt bzw. gelten kann – vier (bzw. fünf) Axiome mit Blick auf ihre Nutzenfunktion bzw. ihre Präferenzordnung („Mindestanforderungen hinsichtlich der Bildung von Präferenzvorstellungen über die Ergebnisse“) beachten: (1.) Vollständigkeits- bzw. Ordnungsaxiom, (2.) Transitivität (zusammen: Ordinales Axiom), (3.) Unabhängigkeit, (4.) Dominanz, (5.) Invarianz; Hanson/Kysar, N.Y.U.L. Rev. 74 (1999), 630 (641); Korobkin/Ulen, Cal. L. Rev. 88 (2000), 1051 (1064); Laux/Gillenkirch et al., Entscheidungstheorie, 2018, S. 43 ff., 143 ff.; tw. anders Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 36 f. Nur wenn Entscheider:innen diese beachten, ergeben sich sinnvolle Entscheidungsanleitungen i. S. d. Nutzenmaximierung.

¹⁵ Dabei ist zwischen Risiko und Unsicherheit zu unterscheiden. „Von Risiko spricht man, wenn der Eintritt von mindestens einem für die Entscheidung erheblichen Ereignis nicht sicher ist, ihm aber immerhin eindeutige Wahrscheinlichkeiten zugeordnet werden können. [...] Bei Unsicherheit hingegen lässt sich keine hinreichend genaue Wahrscheinlichkeitsverteilung für die relevanten zukünftigen Ereignisse angeben“, Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 34, m. w. N.; so auch Laux/Gillenkirch et al., Entscheidungstheorie, 2018, S. 22. Weniger klar bei Korobkin/Ulen, Cal. L. Rev. 88 (2000), 1051 (1062 ff.), die von „uncertainty“ sprechen.

2. Rationalitätserwartung

Das Rationalverhaltensmodell beruht auf mehreren grundlegenden Annahmen. Es geht davon aus, dass Individuen ihre Entscheidungsoptionen nach deren Nutzen beurteilen (Eigennutztheorem) und versuchen, ihren Nutzen zu maximieren (Rationalitätsannahme).¹⁶ Zudem nimmt es an, dass die Entscheider:innen die Eintrittswahrscheinlichkeiten so bewerten, wie es den Wahrscheinlichkeitsgesetzen entspricht.¹⁷ Dies hat entscheidende Bedeutung dafür, wie die Entscheider:innen mit (für sie) neuen Informationen umgehen: Sie erlauben es ihnen, Wahrscheinlichkeiten genauer zu bewerten.¹⁸ Kurz gesagt: „Information hilft“¹⁹.

Dabei ist die oft unausgesprochene Grundannahme des RCT-Modells, dass die Menschen über die notwendigen Voraussetzungen verfügen, um derart komplexe Entscheidungen zu treffen. Hierzu gehören die notwendigen Ressourcen wie Informationen, Zeit und (rechnerische) Verarbeitungs- und Denkkapazitäten. Insgesamt gilt, dass der *homo oeconomicus* der klassischen Ökonomie dem ‚resourceful, evaluating, maximising man‘ entspricht (sog. REMM-Hypothese).²⁰

Dem Menschenbild des *homo oeconomicus* wohnt insofern eine Vorstellung davon inne, was rationales Entscheiden oder Rationalität bedeutet: Rationalität ist danach nutzenmaximierende, in sich konsistente Entscheidung („formale Rationalität“).²¹ Verbindet sich hiermit die Annahme unbeschränkter Entscheidungsressourcen, ergibt sich die Erwartung „vollständige[r] Rationalität“²². Das Rationalverhaltensmodell konzipiert so das *Ideal* des *homo oeconomicus*.²³

¹⁶ Rodi, *Ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts*, 2014, S. 22; Kirchgässner, *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 15 f.; vgl. auch Korobkin/Ulen, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), 1051 (1061), nach denen dies die Annahme aller Varianten der RCT ist.

¹⁷ Grds. ist dabei wiederum von subjektiven Wahrscheinlichkeiten – also nach dem Informationsstand der Entscheider:innen – auszugehen (*Subjective Expected Utility Theory*). S. hierzu Korobkin/Ulen, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), 1051 (1062, Fn. 34); Camerer/Loewenstein *et al.*, *Behavioral Economics*, 2004, S. 21.

¹⁸ Entsprechend des Bayesschen Gesetzes, vgl. Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 37 ff.

¹⁹ Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 39.

²⁰ Vgl. etwa Meckling, *Schw. Z. V. S.* 112 (1976), 545 (548 f.); Brunner/Meckling, *J. Mon. Cred. Bank.* 9 (1977), 70 (71 f.). S. auch Lindenberg, *JITE* 146 (1990), 727 (739 f.), der das Konzept zu „RREEMM“ weiterentwickelt hat, dem ‚resourceful, restricted, expecting, evaluating, maximising man‘.

²¹ I. E. Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 72 f.

²² Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 77 ff.

²³ Kirchgässner, *JZ* 1991, 104 (106); ders., *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 62 ff. Vgl. auch das Bild, das Simon, *Q. J. Econ.* 69 (1955), 99 (103 f.), zeichnet. Zu den historischen Wurzeln, die in mathematischen Entwicklungen, insbes. der Stochastik, und in philosophischen Strömungen liegen, die die *ratio* bzw. Vernunft des menschlichen Denkens propagieren, Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 44 ff.

Stichwortregister

- A/B-Tests 249
Abwehrrecht 56
AI Act 251
Allgemeine Handlungsfreiheit 71, 77, 85, 173, 185
Allgemeines Persönlichkeitsrecht 71, 86, 222
Anreiz 25, 144
Asymmetrische Interventionen 230
Äußere Sphäre 64, 88, 143
Äußere Strategien 237
Autonomie 35, 60, 84f., 151, 170, 194, 241

Berufsfreiheit 100f., 171, 177, 184, 194, 252

Dark Patterns 2, 29, 154, 160, 166, 193, 240
– Verbot von 216, 223, 242
Datenschutzrecht 197, 253
De-Biasing 98, 102, 174, 177, 181, 238
Digital Markets Act (DMA) 216
Digital Services Act (DSA) 214

Eingriff 91, 176
– durch Schutz 155
– Schutzeingriff 223
Entscheidungsfreiheit 25, 43, 97, 145, 154, 194, 208
Expected Utility Theory (EUT) 8

Fairness by Design 247
False Positives 156f., 223, 249
Freie Entfaltung 73
Freiheitserweiterung 98

Grundrecht auf mentale Selbstbestimmung 74

Handlungsfreiheit 24, 64, 130, 144
Handlungsnorm 221
homo oeconomicus 218

Information 27, 97, 178
Informationelle Selbstbestimmung, Recht auf 154, 198
Innere Sphäre 65, 74, 84, 149, 222
Innere Strategien, *siehe* De-Biasing
Integritätsinteressen 89

Konkordanz 189
Kontrollnorm 190
Körperliche Unversehrtheit, Recht auf 86, 91, 103
Künstliche Intelligenz (KI) 250

Lauterkeitsrecht 207, 253

Marktversagen 44f., 148, 218
– behavioristisch 50, 102, 152, 235
Meinungsfreiheit 66, 166, 182
Menschenbild des Grundgesetzes 58f., 68, 81, 83f., 99, 169
Menschenwürde 70, 77, 119, 165
Mindestschutzmaß 194, 198, 207, 212

Normbefehl 26
Nudge 28

Ordnungsziel 100, 178
Organspende 1, 22, 132, 155
– Widerspruchslösung 2, 22, 123f., 129, 134

Paternalismus 3, 41, 129
Präferenzautonomie 78, 86, 95

- Prozessautonomie 80, 86, 95, 122, 149,
 183, 196, 217, 240, 252
- Rational Choice Theory (RCT)* 8
- Rationale Irrationalität 11
- Rationalitätsdefizite 12
- Ausnutzen von 18, 28, 39, 43, 96, 109
 - Entscheidungsfehler 14
 - Urteilsfehler 13
- Rationalitätserwartung 10
- Rechtfertigung 117, 181
- Schutzbereich 63, 161
- Schutzpflicht 56, 135, 139, 221
- Simple Model* 225
- Frustrationskosten 232, 252
- Gesamtnutzen 233
 - Interventionskosten 232
- Test-Repositoryen 250
- Transparenz 21, 104, 178, 241
- Umweltveränderung 24, 144
- Verhaltensökonomische Auslegung 206,
 210, 214
- Vertragsfreiheit 49, 145, 155, 173, 185,
 194
- Vertragsrecht, allgemeines 211, 253
- Vorbehalt des Gesetzes 134
- Zwang 24, 144