

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1555

Verhaltensbasierte Regulierung durch Nudging

**Verfassungsrechtliche Vorgaben
bei der staatlichen Verwendung von Nudges
in Deutschland**

Von

Max Ullrich



Duncker & Humblot · Berlin

MAX ULLRICH

Verhaltensbasierte Regulierung durch Nudging

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1555

Verhaltensbasierte Regulierung durch Nudging

Verfassungsrechtliche Vorgaben
bei der staatlichen Verwendung von Nudges
in Deutschland

Von

Max Ullrich



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-19259-5 (Print)
ISBN 978-3-428-59259-3 (E-Book)
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit wurde in der Zeit vom 1. November 2017 bis zum 31. Juli 2023 an der Europa-Universität Viadrina angefertigt und in der Fassung der Abgabe veröffentlicht. Mit der Fertigstellung dieser Dissertation geht für mich ein bedeutender Lebensabschnitt an der Europa-Universität Viadrina zu Ende. Es gibt viele Menschen, denen ich für ihre Unterstützung danken möchte, ohne die ich diese Arbeit nicht fertigstellen können.

Mein Dank gilt zuvörderst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Ulrich Häde, für die Betreuung dieser Arbeit, seinen geduldigen und verständnisvollen Umgang, den wissenschaftlichen Freiraum und sein festes Vertrauen in mich und meine Entscheidungen.

Zudem danke ich Herrn Prof. Dr. Stefan Haack für die Zweitkorrektur der Dissertation und seine wertschätzende und kritische Auseinandersetzung mit meiner Arbeit.

Ein ganz besonderer Dank gilt außerdem meiner Familie, welche von Beginn an fest an mich glaubte und mir mit Liebe auch durch die schwierigen Phasen geholfen hat, indem sie mir stets neuen Mut gab. Das gilt insbesondere für meine Mutter, die mir damals wie heute eine empathische und zugleich ehrliche Ratgeberin ist.

Ich bedanke mich von ganzem Herzen bei Frau Seidlitz für ihre Zuverlässigkeit und die netten Gespräche, die es immer geschafft haben, mir den Arbeitsalltag an der Universität zu versüßen. Ihre verständnisvolle Art und ihre Hilfsbereitschaft haben nicht nur die Studierenden, sondern auch ich besonders zu schätzen gelernt.

Ein großer Dank gilt meinen Freunden und Kollegen für ihre emotionale Unterstützung, die aufmunternden Gespräche und ihr stets offenes Ohr, sowohl zu privaten als auch fachlichen Themen. Ihre Freundschaft war eine wertvolle Quelle der Kraft für mich.

Diese Dissertation ist damit nicht nur das Ergebnis meiner eigenen Bemühungen, sondern auch das Resultat der Unterstützung und Inspiration, die ich von vielen wunderbaren Menschen erhalten habe. Dafür bin ich zutiefst dankbar.

Berlin, im August 2024

Max Ullrich

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	25
§ 1 Heranführung an die Thematik	25
§ 2 Ziel der Arbeit	27
§ 3 Gang der Untersuchung	27
<i>1. Teil</i>	
Grundlagen des Nudging-Konzeptes	29
§ 4 Entscheidungsarchitekturen	29
A. Entscheidungsarchitektur als Begriff der Verhaltensforschung	29
B. Der Staat als Entscheidungsarchitekt	30
C. Unausweichlichkeit einer staatlichen Entscheidungsarchitektur	31
D. Normen als Entscheidungsarchitektur des Staates	32
E. Sonstige Entscheidungsarchitekturen des Staates	33
§ 5 Entscheidungsmodelle der Verhaltensforschung	33
A. Das Rationalmodell und das Informationsmodell	34
B. Das Modell des homo oeconomicus	35
C. Neuere Entwicklungen	37
I. Begrenzte Kapazitäten und begrenzte Rationalität	38
II. Umgang des Menschen mit begrenzten Kapazitäten	39
1. Neue Erwartungstheorie	39
2. Modell der zwei Systeme	40
3. Econ und Humans	42
III. Die Folge begrenzter Rationalität für die Entscheidungsergebnisse	43
§ 6 Systematische „Fehlentscheidungen“	44
A. Urteilsfehler	44
B. Trägheit und Status quo-Urteilsfehler	45
C. Verlust- und Risikoaversion	46
D. Gegenwarts-Urteilsfehler und fehlende Selbstkontrolle	47
E. Übersteigerter Optimismus	48
F. Fehlgeleitete Aufmerksamkeit	49
G. Erreichbarkeits-Urteilsfehler	49
H. Emotionen und Selbstdienlichkeit-Urteilsfehler	50

I. Gruppenzwang und Mitläufer-Effekt	51
J. Sonderfall: Wissensdefizite	52
§ 7 Nudging	53
A. Nudging: Ein Begriff der Verhaltensforschung	53
B. Der Nudge nach Thaler und Sunstein	53
I. Variable in der Entscheidungsarchitektur	54
II. Mit dem Ziel der Verhaltensänderung in vorhersagbarer Weise	54
III. Ohne Optionen auszuschließen	54
IV. Ohne ökonomische Anreize wesentlich zu verändern	55
V. Leicht zu umgehen	56
C. Entscheidungssystemgeprägte Definitionen des Nudges	56
I. Nutzbarmachen der Theorie der zwei Systeme	57
II. Ausnutzen des Entscheidungssystems I	57
D. Transparenz als Definitionsmerkmal von Nudging	58
E. Nudging als Steuerungsmittel des libertären Paternalismus	59
F. Festlegung auf eine Definition von Nudging	60
I. Ablehnung der entscheidungssystemgeprägten Definition	60
II. Ablehnung der transparenzbezogenen Definition	62
III. Ablehnung einer zielgeprägten Definition	62
IV. Schlussfolgerung	64
G. Einordnung des Nudgings als staatliche Handlungsformen	66
I. Keine Gebote und keine Verbote	66
II. Keine verhaltenssteuernde Finanzpolitik	68
III. Nudging als besondere Form des Realaktes	69
IV. Schlussfolgerung	70
§ 8 Kategorisierung von Nudges	71
A. Notwendigkeit einer Kategorisierung für die rechtliche Bewertung	71
B. Unterteilung und System 1- und System 2-Nudges	72
C. Zu Debiasing und Rebiasing	73
D. System 2-Nudges	74
I. Charakterisierung von System 2-Nudges	74
II. Informieren	75
III. Vereinfachen	77
IV. Mapping	78
V. Selbstbindung und Self Nudging	78
VI. Abklingzeiten	79
VII. Exkurs: Pflichtentscheidungen	80
E. System 1-Nudges	81
I. Charakterisierung von System 1-Nudges	81
II. Desinformation	81
III. Framing	82
IV. Anchoring	83

V.	Zeitliche Koordinierung	84
VI.	Emotionales Nudging	85
VII.	Spielerisches Nudging	87
VIII.	Soziale Nudges	88
IX.	Standardvorgaben	90
F.	Mischformen der beiden Systeme	91
G.	Zusammenfassung	92
§ 9	Staatliches Nudging	92
A.	Nudge-Units	92
I.	Nudge Units, international	93
II.	Die deutsche Nudge-Unit: Arbeitsgruppe „Wirksam Regieren“...	95
B.	Anwendungsbereiche für staatliches Nudging	96
I.	Altersvorsorge	97
II.	Umwelt	98
1.	Energielabel	98
2.	Kohlendioxid-Kennzeichnung	99
III.	Gesundheit	99
1.	Lebensmittelkennzeichnung	100
2.	Nudging für mehr Bewegung	100
3.	Portion Cap Rule	101
4.	Prävention sexuell übertragbarer Krankheiten	101
IV.	Suchtprävention	102
1.	Bekämpfung von Glücksspielsucht	102
2.	Bekämpfung von Drogenmissbrauch und -sucht	103
V.	Verkehr	104
VI.	Verbesserung der Verwaltung	105
VII.	Postmortale Organspende	106
VIII.	Ein Nudge-Ansatz in der COVID-19-Pandemie	108
IX.	Maßnahmenunterstützende Nudges in allen Anwendungsbereichen	110
§ 10	Akzeptanz von Nudging	110
A.	Privates Nudging	111
B.	Staatliches Nudging	111
I.	Akzeptanz in Abhängigkeit zum Lenkungsziel	113
II.	Akzeptanz in Abhängigkeit zur politischen Einstellung: autoritär/ liberal	114
III.	Akzeptanz in Abhängigkeit zur Typologie des Nudges	114
C.	Vorteile eines kritischen Diskurses	115

2. Teil

	Verfassungsrechtliche Vorgaben und Grenzen	116
§ 11 Ausgangspunkt für eine rechtliche Untersuchung	116	
§ 12 Kompetenzverteilung zum staatlichen Nudging	119	
A. Zweck der Kompetenzverteilung	119	
B. Die Zuständigkeiten für staatliches Nudging	120	
C. Kompetenzen der Legislative zum Nudging	120	
D. Kompetenzen der Exekutive zum Nudging	121	
E. Schlussfolgerung	125	
§ 13 Das Menschenbild der Verfassung	126	
A. Herleitung und Inhalt eines Menschenbildes der Verfassung	126	
B. Das Menschenbild der Verfassung und das Nudging-Konzept	128	
C. Rechtliche Wirkung des Menschenbilds der Verfassung	129	
D. Schlussfolgerung	130	
§ 14 Grundlagen der Grundrechtsprüfung	131	
A. Grundrechtsfunktionen	132	
B. Grundrechtsbindung und Schutzpflicht des Staates	133	
I. Grundrechtsbindung staatlicher Stellen	133	
II. Grundrechtsbindung Privater	134	
III. Schutzpflicht des Staates	135	
C. Prüfungsaufbau und Besonderheiten bei Freiheitsgrundrechten	136	
I. Schutzbereich	136	
1. Persönlicher und sachlicher Schutzbereich	136	
2. Schutzbereichsbeschränkungen	136	
3. Die Schutzbereichsergänzung	137	
II. Eingriff	141	
1. Der klassische Eingriffsbegriß	141	
2. Der moderne Eingriffsbegriß	141	
3. Eingriffs- und Belastungskumulation	143	
a) Vertikale Kumulativeingriffe	143	
aa) Eingriffs- oder Belastungskumulation	146	
bb) Grundrechtsidentität	147	
cc) Zweckidentität	148	
dd) Zeitidentität	148	
ee) Schlussfolgerung	149	
b) Horizontale Kumulativeingriffe	150	
4. Grundrechtsausübungsverzicht	152	
D. Der Prüfungsaufbau bei Gleichheitsrechten	152	
E. Zur Rechtfertigungsprüfung	153	

§ 15 Grundrechtsbeeinträchtigungen durch staatliches Nudging	154
A. Notwendige Trennung nach Gruppe der Grundrechtsberechtigten	154
B. Datenschutz und staatliches Nudging	155
I. Datenschutz als Verfassungsgut	155
II. Datenschutz und Verhaltensforschung	156
III. Datenschutz und die Anwendung verhaltensbasierter Regulierung	159
IV. Schlussfolgerung	160
C. Die Grundrechte von Nudge-Mittelnden	160
I. Die Freiheitsgrundrechte von Nudge-Mittelnden	160
1. Schutzbereichseröffnung	160
2. Eingriff	161
a) Verpflichtung einer Mittelperson zum Nudge	161
b) Ökonomische Anreize zum Nudging	162
c) Nudging zum Nudging	162
II. Gleichheitsgebot und Nudge-Mittelnde	162
III. Schlussfolgerung	163
D. Die Grundrechte von Dritten	164
I. Die Freiheitsgrundrechte von Dritten	165
1. Beispiele zur Beeinträchtigung von Freiheitsrechten Dritter ..	165
a) Transparenzlisten von Arzneimitteln (BVerwG 1985)	165
b) Transzendentale Meditation (BVerfG 1989)	166
c) Glykol-Entscheidungen (BVerwG 1990 und BVerfG 2002)	167
d) Osho-Entscheidungen (BVerwG 1991) und (BVerfG 2002)	171
e) Warentest der Landwirtschaftskammer Rheinland-Pfalz (BVerwG 1995)	174
f) Scientology, Schutzerklärung (BVerwG 2005)	174
g) Junge Freiheit (BVerfG 2005)	175
h) Die Löw-Entscheidung (BVerfG 2010)	177
i) Warnung vor E-Zigaretten (BVerwG 2015)	179
j) Lebens- und Futtermittel-Entscheidung (BVerfG 2018) ..	180
2. Kritik an der Rechtsprechung	181
a) Marktorientierte Argumentation	182
b) Einschränkung des Schutzbereiches	182
c) Undeutliche Beschränkung des Eingriffsbegriffs	183
d) Rechtfertigungsprüfung ohne Grundrechtseingriff	183
e) Absenkung der Anforderungen an den Vorbehalt des Gesetzes	184
f) Schlussfolgerung	185
3. Schutzbereichseröffnung bei staatlichem Nudging	185
4. Grundrechtseingriffe durch staatliches Nudging bei Dritten ..	186
a) Nudging als Eingriff nach dem modernen Eingriffsbegriff ..	186
b) Einschränkung des modernen Eingriffsbegriffes	186

aa) Keine grundrechtsspezifischen Eingriffskriterien	187
bb) Kausalität als Eingriffskriterium	187
cc) Unmittelbarkeit als Eingriffskriterium.	188
dd) Eingriffsäquivalenz	188
(1) Das Merkmal der Eingriffsäquivalenz	188
(2) Eingriffsäquivalenz als Bagatellgrenze	189
(3) Eingriffsgleiche Zielrichtung	190
(4) Eingriffsgleiche Wirkung	191
(5) Fehlende Kontur des Begriffspaares	192
(6) Richtigkeit, Sachlichkeit und Neutralität	193
(a) Richtigkeit	193
(b) Sachlichkeit	194
(c) Neutralität	196
(7) Zur Berücksichtigung verhaltenswissenschaft- licher Erkenntnisse	198
(a) Zur vermeidbaren Ungenauigkeit juristischer Argumentationen	198
(b) Nudge-Kategorie als Indiz für die Eingriffs- äquivalenz	198
(c) Reine System 2-Nudges	199
(d) Mischform aus System 2- und 1-Nudges . . .	200
(e) Reine System 1-Nudges	201
(8) Korrektur mithilfe der vertikalen Belastungs- kumulation	201
II. Gleichheitsgebot und Dritte	202
1. Beispiele aus der Rechtsprechung	202
a) „Ziel Nummer 1“ (BVerfG 2014)	202
b) „Spinner“ (BVerfG 2014)	203
c) „Lichter aus!“ (BVerwG 2017)	204
d) „Rote Karte für die AfD“ (BVerfG 2018)	205
e) Wahl-o-Mat (VG Köln 2019)	206
f) „Keine Mehrheiten mit Hilfe der AfD“ (BVerfG 2022) . . .	208
2. Kritik an der Rechtsprechung	210
a) Fehlendes Bewusstsein für Freiheitsrechte	210
b) Künstliche Rollenaufspaltung von Amtsinhabenden	210
c) Schlussfolgerungen	211
3. (Un-)Gleichbehandlung von Dritten durch Nudging	212
III. Schlussfolgerung	213
E. Die Grundrechte von Nudge-Empfangenden	214
I. Perspektivwechsel	214
II. Freiheitsgrundrechte von Nudge-Empfangenden	215
1. Beispiele zu Beeinträchtigungen von Nudge-Empfangenden . .	215
a) Bildüberwachung	215

b)	Der Tornado-Tiefflug (BVerwGE 160, 169)	216
c)	Gefährdungsansprache/Gefährdungsanschreiben	218
d)	Staatliche Werbe- und Informationsmaßnahmen	221
e)	Auswertung der Beispiele	223
2.	Schutzbereichseröffnung bei staatlichem Nudging	224
a)	Autonomie	225
b)	Die äußere Autonomie	226
c)	Die innere Autonomie	227
d)	Der Begriff des Willens	227
aa)	Der Willensbegriff der Verhaltensforschung	228
bb)	Der juristische Willensbegriff	229
cc)	Zum „Wie-Selbst-Gewollt“-Prinzip	232
dd)	Schlussfolgerung	234
e)	Schutz der Autonomie durch die einzelnen Grundrechte ..	235
aa)	Glaubens-, Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1, 2 GG ..	236
bb)	Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 GG ..	238
cc)	Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 GG ..	240
dd)	Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG	242
ee)	Die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG ..	243
ff)	Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG	245
gg)	Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	251
3.	Grundrechtseingriffe durch staatliches Nudging bei Nudge-Empfangenden	254
a)	Nudging als Eingriff nach dem modernen Eingriffsbegriff	255
b)	Einschränkung des modernen Eingriffsbegriiffs	257
aa)	Notwendigkeit einer Bagatellgrenze	257
bb)	Zur Eingriffsäquivalenz bei Nudge-Empfangenden ..	258
cc)	Eingriffsäquivalenz im Hinblick auf die äußere Autonomie	259
dd)	Eingriffsäquivalenz im Hinblick auf die innere Autonomie	261
(1)	Die Bagatellgrenze für die innere Autonomie ..	261
(2)	Eingriffsgleiche Zielrichtung und eingriffsgleiche Wirkung	262
(a)	Maß der Willensbeeinflussung durch System 2-Nudges	266
(b)	Maß der Willensbeeinflussung durch Mischformen	268
(c)	Maß der Willensbeeinflussung durch System 1-Nudges	270
(d)	Zur Transparenz	273
(3)	Beeinträchtigte Sphäre – Grad der Privatheit ..	274

(4) Die Menschenwürde als eingriffsfester Kern der Grundrechte	276
ee) Grundrechtsausübungsverzicht	276
4. Schlussfolgerung	279
a) Schutzbereichseröffnung bei Nudge-Empfangenden	280
b) Eingriffe in die äußere Autonomie von Nudge-Empfangenden	283
c) Eingriffe in die innere Autonomie von Nudge-Empfangenden	283
d) Vertikale Belastungskumulation	286
5. Am Beispiel: Standardvorgaben zur postmortalen Organspende	287
a) Eingriff in die äußere Autonomie	288
b) Eingriff in die innere Autonomie	289
c) Streit um die Eingriffsqualität	290
aa) Unterscheidung nach Rückfalloption	290
bb) Eingriffsqualität aufgrund der Nudge-Kategorie	293
cc) Eingriffsqualität aufgrund von Eingriffsäquivalenz ..	293
dd) Zwischenergebnis	295
III. Gleichheitsgebot und Nudge-Empfangende	296
1. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichen	296
2. Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichen	297
3. Schlussfolgerung	298
§ 16 Eingriffsrechtfertigung bei staatlichem Nudging	299
A. Rechtsphilosophische Grundlagen der Rechtfertigungsprüfung	299
B. Die Rechtfertigungsprüfung im deutschen Verfassungsrecht	299
C. Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes	302
I. Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage	303
II. Qualität der gesetzlichen Grundlage	306
III. Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel	308
1. Anpassung der Notwendigkeitsanforderungen der gesetzlichen Grundlage	309
2. Absenkung der Anforderungen an die Qualität der gesetzlichen Regelung	310
a) Die Verwendung von Aufgabennormen als gesetzliche Grundlage	310
b) Fehlende Möglichkeit zur konkreten Regelung	312
c) Fehlende Möglichkeit zur rechtzeitigen Regelung	313
d) Zweckverfehlung von Ermächtigungsnormen	314
e) Aufgabennormen und Gesetzesvorbehalte	316
3. Schlussfolgerung	317
a) Übertragbarkeit auf staatliches Nudging	318
b) Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage	319
c) Qualität der rechtlichen Grundlage	320

aa) Parlamentarischer Gesetzesvorbehalt für wesentliche Entscheidungen	320
bb) Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für staatliches Nudging	321
cc) Zeitlicher Umsetzungsspielraum des Gesetzgebers ..	322
dd) Kumulation von niedrigschwierigen staatlichen Nudges ..	323
ee) Maßnahmenunterstützende Nudges	323
D. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	324
I. Herleitung und Inhalt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ..	324
II. Das Übermaßverbot	325
1. Legitimer Zweck	325
a) Legitime und illegitime Zwecke	325
b) Der libertäre Paternalismus	327
c) Libertärer Paternalismus als Problem für das deutsche Verfassungsrecht	329
d) Der Umgang mit paternalistischen Zwecken in der Rechtswissenschaft	332
e) Ausnahme der Grundrechtsunmündigkeit	334
f) Schlussfolgerung	336
2. Geeignetheit	337
a) Rechtliche oder faktische Wirksamkeit?	338
b) Methodenkritik an den Verhaltenswissenschaften	338
c) Kritik aufgrund der Forschungsergebnisse	341
d) Schlussfolgerung	344
3. Erforderlichkeit	346
a) Maßgeblichkeit der Belastung von Nudge-Empfangenden ..	346
b) Die Gesamtbilanz der Beeinträchtigung innerer und äußerer Freiheiten	346
c) Nudging und imperative Maßnahmen	348
d) Nudging und finanzielle Anreize	349
e) Nudging und andere Formen des Nudgings	350
f) Schlussfolgerung	350
4. Angemessenheit	352
a) Bedeutung der Freiheit und Rechtfertigungsanreicherung ..	352
b) Eingriffsintensität und vertikale Belastungskumulation ..	355
c) Schlussfolgerung	358
III. Besonderheiten der Rechtfertigungsprüfung bei Gleichheitsrechten	359
IV. Das Untermaßverbot und staatliches Nudging	359
V. Schlussfolgerung: Nudging und die Verhältnismäßigkeitsprüfung	361
§ 17 Zersetzung der Demokratie durch Nudging?	362
A. Verkehrung des Willensbildungsprozesses	362
B. Entmündigung durch staatliches Nudging?	364
C. Unterdrückung der öffentlichen Debatte durch staatliches Nudging ..	365

D. Politikversagen als Gefahr für die Legalität von Nudging?	366
E. Schlussfolgerung	367
§ 18 Gerichtliche Überprüfbarkeit staatlicher Nudgings.....	367
A. Rechtsweggarantie	367
B. Individualrechtsschutz gegen staatliches Nudging	368
I. Mögliche Verfahrensarten	368
II. Zulässigkeitshindernisse bei staatlichem Nudging	369
C. Objektive Verfahren zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Nudging	371
I. Abstrakte und konkrete Normenkontrolle	371
II. Fehlende Regelungsdichte und Normenkontrollverfahren	372
D. Schlussfolgerung	372
I. Lücke in der gerichtlichen Kontrollmöglichkeit staatlicher Nudges	372
II. Lösungsvorschläge	373
1. Verbandsklage	373
2. Aufklärungs- und Auskunftsrechte	375
3. Unabhängiges Beauftragtensystem	376
4. Verbesserung der bestehenden gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten	376
3. Teil	
Die Europäische Union und Nudging – eine Übersicht	378
§ 19 Die Europäische Union als Entscheidungsarchitektin.....	378
§ 20 Unionsrechtliche Vorgaben bei der Verwendung von Nudges	383
A. Grundfreiheiten und hoheitliches Nudging	385
I. Allgemeines zu Grundfreiheiten	385
II. Anwendbarkeit von Grundfreiheiten – grenzüberschreitendes Element	386
III. Die Schutzbereiche der Grundfreiheiten	387
IV. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote am Beispiel der Warenverkehrsfreiheit	387
V. Rechtfertigung	391
B. Unionsgrundrechte und hoheitliches Nudging.....	392
I. Allgemeines zum europäischen Grundrechtsschutz	392
II. Die EMRK als Auslegungshilfe	393
III. Die Grundrechtecharta und der Schutz vor hoheitlichem Nudging	394
1. Anwendbarkeit der Grundrechtecharta	394
2. Eröffnung der Schutzbereiche	396
a) Menschenwürde, Art. 1 GRCh	396
b) Recht auf Unversehrtheit, Art. 3 GRCh	396
c) Recht auf Freiheit, Art. 6 GRCh	397

d) Recht auf Privatheit, Art. 7 GRCh	398
e) Schutz personenbezogener Daten, Art. 8 GRCh	399
f) Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, Art. 10 GRCh	400
g) Meinungsfreiheit, Art. 11 Abs. 1 GRCh	401
h) Gleichheit vor dem Gesetz, Art. 20 GRCh	402
i) Allgemeine Rechtsgrundsätze	403
3. Die Beeinträchtigung europäischer Grundrechte	403
4. Rechtfertigungsmöglichkeiten	404
C. Europäischer Rechtsschutz vor Nudging	405
§ 21 Schlussfolgerung	408

*4. Teil***Zusammenfassung in Thesen**

411

Literaturverzeichnis	416
Stichwortverzeichnis	467

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEA	American Economic Association
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (ehem. Archiv für Presserecht)
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz)
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
apf	Ausbildung Prüfung Fachpraxis
Art.	Artikel
ASOG Bln	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz Berlin)
Aufl.	Auflage
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz (ugs. auch die Leistung, aus einem Anspruch aus diesem Gesetz)
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BbgBO	Brandenburgische Bauordnung
BbgPolG	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Land Brandenburg (Brandenburgisches Polizeigesetz)
BBSR	Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
Bearb.	Bearbeiterin oder Bearbeiter
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
bes.	besonders
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGG	Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz)
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImschG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz)
BMBF	Bundesministerium für Bildung und Forschung
BMDV	Bundesministerium für Digitales und Verkehr
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BMVG	Bundesministerium der Verteidigung
BMVI	Bundesministerium für Verkehr und Infrastruktur
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz)
BPA	Presse- und Informationsamt der Bundesregierung
BPB	Bundeszentrale für politische Bildung
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei (Bundespolizeigesetz)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSIG	Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz)
BT Drs.	Drucksachen des Bundestages
BT PlPr.	Plenarprotokoll des Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung
BZgA	Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CEBI	Center for Economic Behavior and Inequality
DA	Deutschland Archiv
DAR	Deutsches Autorecht
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
dpa	Deutsche Presse-Agentur
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis
DVR	Deutscher Verkehrssicherheitsrat
ECHR	European Court of Human Rights (s. EGMR)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

ehem.	ehemals
EJRR	European Journal of Risk Regulation
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz)
EnZW	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
ESRI	The Economic and Social Research Institute
et al.	et alii (s. auch u. a.)
EU	Europäische Union
EUGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f.	folgende
FAFSA	The Free Application for Federal Student Aid
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
FK	Frankfurter Kommentar
Fn.	Fußnummer
FS	Festschrift
GasGVV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz (Gasgrundversorgungsverordnung)
gen.	genannt
GG	Grundgesetz
GlüStV	Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag)
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (s. GRCH)
GRCH	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GSZ	Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HCHE	Hamburger Center for Health Economics
HeizkostenV	Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Verordnung über Heizkostenabrechnung)
HGR	Handbuch der Grundrechte

h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeberin oder Herausgeber
HSpielhG	Hessisches Spielhallengesetz
IfSG	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz)
insbes.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
IZA	Institute of Labor Economics
JA	Juristische Arbeitsblätter
JRC	Joint Research Center der Europäischen Kommission
JURA	Juristische Ausbildung
jurisPR-ITR	juris PraxisReport IT-Recht
JuS	Juristische Schulung
JuWiss	Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht
JZ	JuristenZeitung
KJ	Kritische Justiz
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung
KWG	Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz)
LdN	Lage der Nation
lit.	litera
LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen Rheinland-Pfalz Saarland
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LMuR	Lebensmittel & Recht
Ls.	Leitsatz
LTO	Legal Tribune Online
MA	Massachusetts
MMR	MultiMedia und Recht
MStV	Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland (Medienstaatsvertrag)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NBER	National Bureau of Economic Research
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht

No.	Number (s. Nummer)
NPOG	Das Niedersächsische Polizei- und Ordnungsbehördengesetz
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NYT	New York Times
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖJZ	Österreichische Jurist:innen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
o. V.	ohne Verfasserin oder Verfasser
OVG	Oberverwaltungsgericht
PIK	Potsdam-Institut für Klimafolgenforschung
PLoS	Public Library of Science Medicine
PNAS	Proceedings of the National Academy of Sciences
ProdSG	Gesetz über die Bereitstellung von Produkten auf dem Markt (Produktsicherheitsgesetz)
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RStV	Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag)
RuP	Recht und Politik
RW	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
RWI	Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung
s.	siehe
S.	Seite
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
SpuRt	Zeitschrift für Sport und Recht
StGB	Strafgesetzbuch
StromGVV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltkunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz (Stromgrundversorgungsverordnung)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung
SZ	Süddeutsche Zeitung

TabakerzG	Gesetz über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse (Tabakerzeugnisgesetz)
TabakerzV	Verordnung über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse (Tabakerzeugnisverordnung)
TEHG	Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz)
teilw.	teilweise
TPG	Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz)
TUP	Theorie und Praxis der Sozialen Arbeit
u. a.	und andere/unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UBA	Umweltbundesamt
ugs.	umgangssprachlich
UK	United Kingdom
UmwRG	Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz)
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von
v. a.	vor allem
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz)
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VersG	Versammlungsgesetz
Verw	Die Verwaltung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwG	Verwaltungsgericht
VerwR	Verwaltungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VJH	Vierteljahrsshefte zur Wirtschaftsforschung
VO	Verordnung
VSG NRW	Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen (Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium

WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZfU	Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht
zfwu	Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
Zparl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Einleitung

§ 1 Heranführung an die Thematik

Zu Anfang sei festgehalten: Das Nudging-Konzept ist nicht in jederlei Hinsicht neu. Es handelt sich beim Nudging um eine Methode zur subtilen Beeinflussung von Entscheidenden.¹ Sie soll die Eigenarten des menschlichen Entscheidungsprozesses und durch sie verursachte Anomalien nutzen, um nicht erst das Verhalten, sondern bereits den Willen zum Handeln in eine bestimmte Richtung zu verändern. Einige seiner Methoden sind bereits seit Langem weit verbreitet und womöglich unter anderem Namen bekannt. Andere befinden sich hingegen noch im Versuchsstadium und überraschen wohl erst in Zukunft mit neuen Erkenntnissen und Anwendungsfeldern. Dennoch kann die Relevanz dieses Themas kaum überschätzt werden. So findet es in immer neuer Gestalt und verschiedensten Sachzusammenhängen fortwährend seinen Weg in den öffentlichen und fachlichen Diskurs und schafft es immer wieder aufs Neue die Geister zu scheiden und Diskussionen anzufachen.

So mannigfaltig wie Nudges sein können, so präsent sind sie auch im alltäglichen Leben. Sofern man sich einmal mit dem Thema auseinandergesetzt hat, lässt es sich fast nicht mehr vermeiden Nudges wahrzunehmen. Einige Nudges gehören bereits unter Namen wie „Verkaufstricks“ oder „Verhandlungsstrategie“ zum Allgemeinwissen. Tatsächlich sind Nudges aber nicht nur ein fester Bestandteil von Werbemaßnahmen von Privatpersonen, Taktiken aus der Verhandlungspsychologie oder aus Wirtschaftsmediationsverfahren, sondern nehmen auch als Methode zur staatlichen Regulierung an Bedeutung zu.

Diese Arbeit ist zu einem Teil auch ein Zeugnis ihrer Zeit. Die COVID-19-Pandemie beeinflusste nicht nur die Bedingungen, unter der sie verfasst wurde, sondern warf auch ein Schlaglicht auf die Aktualität und Brisanz des

¹ Diese Arbeit befasst sich u. a. mit Methoden zur Beeinflussung durch Sprache, wie z. B. durch Framing und dem Wording-Effekt. In dem Wissen, dass Sprache auch das Bewusstsein formt, und als Kompromiss zwischen Gendersensibilität und Lesbarkeit werden in dieser Arbeit vorzugsweise eine geschlechtsneutrale Form oder hilfsweise die weibliche und männliche Form gemeinsam verwendet. Gemeint sind Menschen aller Geschlechtszugehörigkeiten. Weiterhin zur Verbindung von Sprache und Recht und dieser Form der gendergerechten Sprache, N. Ullrich, DVBl 2022, 69 (69, 73).

Themas. Die deutschlandweit angespannte Situation verdeutlichte auf bis dahin unbekannte Weise, wie wichtig staatliche Kommunikation und andere nicht-bindende Regulierungsmaßnahmen in Krisenzeiten sind, wenn der Gesetzesvollzug entweder am politischen Willen oder an der schlichten Möglichkeit zu härteren Maßnahmen der Durchsetzung scheitert: Die Maskenpflicht und ihre Einhaltung waren im Privaten sowie in der Öffentlichkeit Gegenstand hitziger Debatten; Besuchsverbote während des Lockdowns konnten nur schwerlich überwacht und Verstöße kaum wirksam geahndet werden; Demonstrationen wurden teilweise unter Missachtung geltenden Rechts und teilweise trotz gewaltsamer Übergriffe auf Passantinnen, Passanten sowie Journalistinnen und Journalisten fortgesetzt. Bei anderer Gelegenheit wirkte eine strenge Durchsetzung wiederum unverhältnismäßig und stieß wohl allgemeinhin auf wenig Akzeptanz: Das Sitzen auf Parkbänken im freien wurde sanktioniert und Jugendliche, die gegen das Versammlungsverbot verstießen, mit Einsatzwagen durch einen öffentlichen Park getrieben. Nicht zuletzt war staatliches Nudging im Zusammenhang mit der COVID-19-Schutzimpfung Thema des öffentlichen Diskurses: Wie schafft es ein Staat Menschen zu einer freiwilligen Maßnahme zu bewegen, ohne auf Mittel des Zwangs zurückgreifen zu müssen? Die Pandemie verdeutlichte, dass Nudging notwendig ist und deshalb bereits ein fester Bestandteil des staatlichen Handlungsrepertoires ist.

Selbst wenn staatliches Nudging bereits unser aller Leben prägt und seine Relevanz voraussichtlich sogar noch stark zunehmen wird, so gab es zu Beginn dieser Arbeit fast ausschließlich englischsprachige Literatur. Die rechtswissenschaftlichen Beiträge waren ebenfalls seltener. Besonders spärlich gesät waren Beiträge mit Bezug zum deutschen Recht. Zunehmend begannen sich auch Juristinnen und Juristen in der deutschsprachigen Literatur mit dem konkreten Thema auseinanderzusetzen.² Diese Beiträge fielen besonders dadurch auf, dass sie zwar eine ähnliche Vorgehensweise hatten, aber die Autorinnen und Autoren sowohl in ihren Grundannahmen als auch in ihren (rechtlichen) Bewertungen stark voneinander abwichen. Das Potenzial des Nudging-Konzeptes ist bei Weitem noch nicht vollständig erschlossen und eine abschließende Evaluierung noch nicht in Sicht. Allerdings – und zumindest dabei scheinen sich die meisten Autorinnen und Autoren einig zu sein – birgt das Nudging-Konzept sowohl Chancen als auch Risiken für die zukünftige Anwendung in der Politikgestaltung. Für einen positiven Fortgang der Entwicklung ist es unabdingbar, das Nudging-Konzept in allen Zusammenhängen zu diskutieren.

² Für eine Übersicht der Monografien, s. zuletzt *F. Baer*, *Staatliche Steuerung durch Nudging im Lichte der Grundrechte*, S. 5 f., wobei das Thema auch in vielen kleineren Beiträgen in Fachzeitschriften fortwährend und aus immer neuen Blickwinkeln diskutiert wird.

§ 2 Ziel der Arbeit

Diese Arbeit soll die rechtlichen Grenzen des Nudging-Konzeptes aufzuzeigen. Die deutsche Rechtsordnung bietet vielerlei Anknüpfungspunkte, um den Steuerungsmechanismus des Nudges zu diskutieren. In dieser Arbeit soll jedoch nur seine staatliche Verwendung untersucht werden. Aus diesem Grund stehen die deutschen Grundrechte des Grundgesetzes und ihre abwehrrechtliche Funktion im Fokus der Untersuchung. Die genauen Grenzen, die durch diese Rechte gezogen werden, lassen sich jedoch nur ausloten, sofern sie als Teil eines Gesamtgefüges der Normen des Grundgesetzes verstanden werden. Deshalb sollen zu einem Teil auch die notwendigen systemischen Überlegungen angestellt werden. Die Arbeit richtet sich an Juristinnen und Juristen und bedient sich deshalb einiger Vereinfachungen, um das Wissen auch für – aus Sicht der Verhaltensforschung – Fachfremde fassbar zu machen. In dieser Arbeit soll eine strukturierte Darstellung der Thematik erfolgen, sodass sie als Leitfaden zur rechtlichen Prüfung dienen kann. Dafür folgt sie weitestgehend einem juristischen Prüfungsaufbau. Selbst wenn in der Praxis, sei es in der Anwendung durch die Verwaltung oder in der gerichtlichen Bewertung von Maßnahmen, eine ausdifferenzierte Einzelfallbetrachtung notwendig sein sollte, so soll eine allgemeingültige Dogmatik entwickelt werden. Ziel ist es ein praktikables Gesamtkonzept für die Bewertung sämtlicher staatlicher Maßnahmen des Nudging-Konzeptes zu entwickeln, ohne stets auf Sonderjudikaturen rekurrieren zu müssen.

§ 3 Gang der Untersuchung

Im ersten Teil dieser Arbeit soll ein Überblick über die nicht-juristischen Grundlagen der verhaltensbasierten Regulierung und Nudging gegeben werden. Um das Nudging-Konzept rechtlich bewerten zu können, ist es unabdingbar, zumindest die fundamentalen Grundlagen zu verstehen, auf denen es fußt. Es werden der Begriff der „Entscheidungsarchitekturen“ (1. Teil: § 4), einige „Modelle der Verhaltensforschung“ (§ 5) und einige „Urteilsfehler“ (§ 6) dargestellt. Darauf aufbauend soll dann eine Definition für Nudging herausgearbeitet (§ 7) und im Anschluss versucht werden, Kategorien zu bilden, die sich auch für die spätere rechtswissenschaftliche Untersuchung eignen (§ 8). Die Nudges dieser Kategorien sollen jeweils mit Beispielen unterlegt werden, um die Materie auch für die Juristin und den Juristen ohne wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Vorkenntnisse zugänglich zu machen. Im Weiteren wird auf bereits bestehende staatliche Anwendungsbereiche für Nudging in anderen Ländern und Deutschland eingegangen (§ 9). Die Akzeptanz staatlicher Maßnahmen spielt zwar auch eine Rolle für deren Effektivität, hat aber bereits zuvor Einfluss darauf, ob sie in einer Demokratie politisch gewollt sind. Wer-