

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 Einfassung 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 Eingriffsbegri?	92
II. Nach dem modernen Eingriffsbegri?	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) Unmissverständlichheit	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. Übergriff 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-Repositorien; 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. Schutzwicht 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