

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. Econs 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 Mitläufereffekt	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 1	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

Inhaltsverzeichnis 9

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 Eingriffsbegrifs	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 Eingriffsbegiffes	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 verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse	198
(a) Zur vermeidbaren Ungenauigkeit juristischer Argumentationen	198
(b) Nudge-Kategorie als Indiz für die Eingriffsäquivalenz	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 Belastungskumulation	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 Eingriffsbegrifs	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
d) Kumulation von niedrigschwellingen staatlichen Nudges ...	323
e) 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
 <i>3. Teil</i>	
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

Inhaltsverzeichnis	17
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
<i>4. Teil</i>	
Zusammenfassung in Thesen	411
Literaturverzeichnis	416
Stichwortverzeichnis	467