

Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein aus rechtswissenschaftlicher Sicht

Johanna Wolff*

| | |
|---|-----|
| A. Einleitung | 195 |
| B. Was kann der Nudge? – Beispiele | 199 |
| I. Gestaltung der Ausgangssituation: Standardvorgaben | 199 |
| II. „Soziale Nudges“ | 201 |
| 1. Hinweise auf ein Mehrheitsver- halten | 201 |
| 2. Personalisierung | 202 |
| III. Bereitstellung von Information | 202 |
| 1. Unmittelbare Informationsbe- reitstellung | 203 |
| 2. Mittelbare Informationsbereit- stellung | 203 |
| 3. Art der Informationsvermitt- lung | 204 |
| C. Was will der Nudge? – Die zwei Aspekte des Nudge-Konzepts | 204 |
| I. Der steuerungsorientierte Aspekt des Nudge-Konzepts | 205 |
| 1. Verhaltenswissenschaftlich informierte Maßnahmen als Steuerungsinstrumente | 206 |
| 2. Verhaltenswissenschaftlich informierte Maßnahmen als Bewirkungsform | 208 |
| 3. Weitere Kategorisierungsmög- lichkeiten für Nudge-Formen | 209 |
| II. Der rechtspolitische Aspekt des Nudge-Konzepts | 209 |
| 1. Paternalistische Ziele | 210 |
| 2. Paternalistisches Instrument | 212 |
| D. Was darf der Nudge? – Grundrechtli- che Erwägungen | 213 |
| I. Der steuerungsorientierte Aspekt in der Grundrechtsprüfung | 213 |
| 1. Standardvorgaben | 214 |
| a) Eingriff durch faktischen Handlungszwang? | 214 |
| b) Eingriff aufgrund des Steue- rungsergebnisses? | 215 |
| 2. Informationsmaßnahmen | 216 |
| a) Überschreiten der Eingriffs- schwelle aufgrund eines bestimmten Inhalts der Infor- mationsmaßnahme? | 216 |
| b) Überschreiten der Eingriffs- schwelle aufgrund einer bestimmten Art der Infor- mationsvermittlung? | 217 |
| II. Der rechtspolitische Aspekt in der Grundrechtsprüfung | 218 |
| E. Fazit | 220 |

Der Beitrag befasst sich mit dem Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein. Behandelt werden zunächst die wissenschaftlichen Hintergründe, vor denen das Konzept entwickelt wurde, namentlich die Ökonomie und Verhaltenswissenschaften sowie der Forschungsansatz der „(Behavioral) Law and Economics“. Darauf aufbauend entwickelt die Verfasserin die These, dass sich zwei Aspekte des Nudge-Konzepts unterscheiden lassen: Zum einen enthalte es einen steuerungsorientierten Aspekt, denn mit verhaltenswissenschaftlich informierten staatlichen Maßnahmen hätten Thaler und Sunstein eine neue Kategorie für Steuerungsinstrumente und Bewirkungsformen entwickelt. Dieser Aspekt könne die Rechtswissenschaft und -praxis – ganz im Sinne der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft – durchaus bereichern. Zum anderen enthalte das Nudge-Konzept einen rechtspolitischen Aspekt, denn der Nudge werde als Mittel einer (libertären) paternalistischen Politik propagiert. Dieser Aspekt sei problematisch und im Ergebnis abzulehnen. Die Verfasserin

* Dr. Johanna Wolff, LL.M. eur. (KCL) ist Forschungsreferentin am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer (FÖV).

verortet beide Aspekte auch in der Grundrechtsprüfung, indem sie anhand von Beispielen normative Anforderungen an Nudges entwickelt. Insofern gelangt sie zu dem Ergebnis, dass verhaltenswissenschaftlich informierte Maßnahmen weder durchgängig noch niemals in Grundrechte eingreifen, sondern differenziert zu betrachten sind, und dass paternalistische Erwägungen im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen keinen Platz haben.

A. Einleitung

Bei der Umsetzung des Regierungsprogramms „Bürokratieabbau und bessere Rechtssetzung“ und bei der Suche nach Strategien für „wirksames Regieren“ konnte die Bundesregierung um diese Idee gar nicht herumkommen: In dem Buch „Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt“, das im Jahr 2009 auf Deutsch erschienen ist,¹ haben der US-amerikanische Ökonom *Richard H. Thaler* und der Rechtswissenschaftler *Cass R. Sunstein* ein Konzept entwickelt, wonach der Staat das Verhalten der Bürger beeinflussen können soll, ohne Ge- und Verbote, Steuern und Subventionen einzusetzen, und wonach er das Leben der Bürger „länger, gesünder und besser“ machen können soll, ganz ohne deren Freiheit zu beschneiden. Nachdem bereits die Regierungen von Großbritannien, den USA und dem australischen Bundesstaat New South Wales sog. „Nudge-Units“ eingerichtet hatten,² schrieb im Sommer 2014 auch das Bundeskanzleramt drei entsprechende Referentenstellen aus.³ Und auch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) beschäftigt sich intensiv mit der Verhaltenssteuerung durch Nudges (auf Deutsch etwa „Anstoß“, „Stupser“ oder „sanfter Stoß in die Rippen“).⁴ Was aber hat es mit dem Nudge-Konzept auf sich? Wie lässt es sich rechtswissenschaftlich einordnen? Kann

1 *R. H. Thaler/C. R. Sunstein*, *Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt*, Berlin 2009 (englische Ausgabe Yale University Press 2008). In der Folge erschienen weitere Titel, zuletzt *C. R. Sunstein*, *Choosing not to choose – Understanding the value of choice*, Oxford University Press 2015; *ders.*, *Why Nudge? – The politics of libertarian paternalism*, Yale University Press 2014; *ders.*, *Nudges.gov: Behaviorally Informed Regulation*, in: *E. Zamir/D. Teichman* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press 2014, S. 719 ff.

2 Das britische „Behavioural Insights Team“ wurde 2010 eingerichtet; 2014 wurde es in ein halbstaatliches, gemeinnütziges Unternehmen umgewandelt (www.behaviouralinsights.co.uk). *Sunstein* selbst leitete von 2009 bis 2012 das „Office of Information and Regulatory Affairs“ im Weißen Haus. In New South Wales trägt die „Nudge-Unit“ den Namen „Behavioural Insights Community of Practice“ (<http://bi.dpc.nsw.gov.au/>). Zum „Nudging“ auf EU-Ebene: *A. Alemanno*, *Nudge and the European Union*, VerfBlog, 2015/1/12, www.verfassungsblog.de/nudge-european-union/ (dieser und die in Fn. 70, 78, 88, 89 und 98 zitierten Blogbeiträge erscheinen in einem Tagungsband: *A. Kemmerer/Cb. Möllers/M. Steinbeis/G. Wagner* (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies, Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos/Hart, i.E.).

3 Gesucht wurden Fachleute mit vertieften Kenntnissen über Psychologie, Anthropologie und Verhaltensökonomik, die die „Entwicklung alternativer Designs von politischen Vorhaben auf Grundlage verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse vorantreiben sollen“, siehe F.A.Z. v. 26.8.2014.

4 Das BMJV hat im Jahr 2014 einen Sachverständigenrat für Verbraucherfragen eingerichtet, deren Vorsitzende *Lucia Reisch* u.a. im Bereich der Behavioural Economics forscht und mehrfach mit *Sunstein* publiziert hat (siehe Nachweise in Fn. 28 u. 29). Im Dezember 2014 diskutierten Bundesjustizminister *Heiko Maas*, *Reisch* und *Sunstein* öffentlich über das Thema „Nudging – Die Kunst der Entscheidungshilfe“ (www.bmjjv.de/360grad).

der Nudge das Versprechen halten, die Freiheit der Bürger unangetastet zu lassen, und hat er wirklich das Potential, die Rechtsetzung zu verbessern?

„Nach unserer Definition ist jeder Faktor, der das Verhalten von Humans signifikant verändert, während er von Econis ignoriert würde, ein Nudge“, schreiben Thaler und Sunstein.⁵ Die Unterscheidung zwischen dem, was sie in ihrem populärwissenschaftlichen Stil „Humans“ und „Econs“ nennen,⁶ ist für ihr Konzept elementar: Ihr Ausgangsgedanke ist, dass der *homo oeconomicus* (ein „Econ“), der „denkt wie Albert Einstein, Informationen speichert wie IBMs Supercomputer Big Blue und eine Willenskraft hat wie Mahatma Gandhi“, unrealistisch ist.⁷ Stattdessen sei von „fehlerhaften, aber echten Humans“⁸ auszugehen, die sich beispielsweise bei ihrer Entscheidung über das Mittagessen nicht allein an Faktoren wie Qualität, Preis oder Nährwert orientieren, sondern sich in der Kantine mit erhöhter Wahrscheinlichkeit schlicht für das Gericht entscheiden, das ihnen auf Augenhöhe präsentiert wird.⁹

Die Annahme, dass der Mensch sich anders verhält als der *homo oeconomicus*, ist ein Grundgedanke des „Nudging“ und erscheint – gerade aus Juristensicht – für sich genommen trivial. Auch den Ökonomen ist klar, dass der *homo oeconomicus* in der Realität so nicht vorkommt.¹⁰ Allerdings gehen sie klassischer Weise dennoch von diesem aus, da er als Modell in der Regel eine hinreichende Erklärbarkeit und damit auch Vorhersehbarkeit menschlichen Verhaltens erlauben soll.¹¹ Auch Sozialwissenschaften nutzen das Modell als Methode für Verhaltenserklärungen und -prognosen.¹²

5 Thaler/Sunstein, Nudge (Fn. 1), S. 19.

6 In anderen Publikationen unterscheiden sie „real people“ und den „homo oeconomicus“, vgl. Ch. Jolls /C. R. Sunstein/R. H. Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, Standford Law Review 50, S. 1471 ff.

7 Thaler/Sunstein, Nudge (Fn. 1), S. 16.

8 Thaler/Sunstein, Nudge (Fn. 1), S. 17.

9 So das einführende Beispiel in Thaler/Sunstein, Nudge (Fn. 1), S. 9 ff.

10 Siehe etwa G. Brennan/J.M. Buchanan, Die Begründung von Regeln: Konstitutionelle politische Ökonomie, Tübingen 1993, S. 62 ff.; Ch. Müller, Warum Rational Choice?, in: ders. (Hrsg.), Ökonomik als allgemeine Theorie menschlichen Verhaltens, Stuttgart 2012, S. 3 (4 ff.); G. Kirchgässner, Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre?, JZ 1991, S. 104 (105); weniger eindeutig ders., Es gibt keinen Gegensatz zwischen dem Menschenbild des Grundgesetzes und dem homo oeconomicus!, in: Ch. Engel/M. Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung, Tübingen 1998, S. 49 (52).

11 Kirchgässner, Es gibt keinen Gegensatz, in: Engel/Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht (Fn. 10), S. 49 (51 ff.); K. Homann, Homo oeconomicus und Dilemmastrukturen, in: Ch. Lütge (Hrsg.), Vorteile und Anreize, S. 69 (74); Brennan/Buchanan, Die Begründung (Fn. 10), S. 69 f.

12 Th. Kron, Zeitgenössische soziologische Theorien: zentrale Beiträge aus Deutschland, Wiesbaden 2010, S. 19 ff.; G. Kirchgässner, Homo oeconomicus: Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Tübingen 2000, S. 94 ff.; Müller, Warum Rational Choice?, in: ders. (Hrsg.), Ökonomik (Fn. 10), S. 3 ff.

Was genau den *homo oeconomicus* ausmacht, wird von Ökonomen nicht völlig einheitlich beschrieben.¹³ Thaler und Sunstein aber gehen von einem *homo oeconomicus* in Reinform aus, der sich vor allem durch strikte Rationalität auszeichnet.¹⁴ Er besitzt stabile, von anderen unbeeinflusste Präferenzen, er ist vollständig informiert, berücksichtigt alle gegebenen Restriktionen und ist absolut willensstark. Insbesondere aufgrund seiner vollständigen Informiertheit würde dieser *homo oeconomicus* selbst von manchem Verfechter des Modells als „Zerrbild“ bezeichnet werden.¹⁵

Die neuere Verhaltensökonomie, zu deren bekanntesten Vertretern Richard Thaler zählt, wendet sich von dem *homo oeconomicus*-Modell ab bzw. stellt dessen Allgemeingültigkeit in Frage.¹⁶ Dabei zeigt sie nicht nur auf, dass von Menschen nur eingeschränkte Rationalität zu erwarten ist.¹⁷ Vielmehr erforscht sie unter Einbeziehung empirisch erlangter Erkenntnisse anderer Wissenschaften, allen voran der kognitiven Psychologie, inwiefern Menschen anders handeln als der *homo oeconomicus*.¹⁸ Sie zeigt also Muster menschlicher „Irrationalität“ auf und will das Modell insoweit ersetzen. Die systematischen Abweichungen menschlichen Verhaltens vom modellhaft angenommenen Verhalten des *homo oeconomicus* bezeichnen Verhaltensökonomen als Bias (Tendenzen/Neigungen) oder auch als Anomalien (näher zu diesen unten, B.).

Dass auch die Rechtswissenschaft von Erklärungen für und realistischen Prognosen über menschliches Verhalten profitieren kann, findet im Grundsatz immer mehr Anerkennung (dazu unten, C. I.). Weniger Konsens besteht über die Eignung ausge rechnet des sog. neoklassischen Verhaltensmodells der Ökonomen für rechtswissenschaftliche Zwecke. Recht unbefangen aufgenommen wurde es allerdings in den vor allem in den USA populären, aber auch in Deutschland vertretenen Forschungsansatz der „Law and Economics“, der durch seine Ökonomische Analyse des Rechts bekannt ist. Während die „Law and Economics“-Vertreter, im Einklang mit der klas-

- 13 Eine Einführung in „das“ Modell aus rechtswissenschaftlicher Sicht bieten E. V. Towfigh, Das ökonomische Paradigma, in: ders./N. Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht: Eine Einführung für Juristen, Tübingen 2010, S. 23 (27 ff.) und A. v. Aaken, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2003, S. 73 ff.
- 14 Die Tatsache, dass der *homo oeconomicus* darüber hinaus ein „Nutzenmaximierer“ ist, ist im Rahmen des Nudge-Konzepts nicht entscheidend.
- 15 Vgl. Kirchgässner, Homo oeconomicus (Fn. 12), S. 17 u. 27 ff. m.w.N.; zum Maß der Informiertheit des *homo oeconomicus* auch unten, B. III.
- 16 Überblick bei A. Ebering, Behavioral Economics: Konzepte und Anwendungen, Köln 2005; siehe auch v. Aaken, „Raional Choice“ (Fn. 13), S. 82 ff. und die Einführung bei Englerth, Verhaltensökonomie, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden (Fn. 13), S. 165 (168 f.).
- 17 Darüber hinaus wird gezeigt, dass Menschen durchaus auch uneigennützig handeln, wobei die teilweise Abkehr vom Eigennutzaxiom beim „Nudging“ keine entscheidende Rolle spielt, siehe Fn. 14.
- 18 Grundlegend etwa D. Kahneman/A. Tversky, Prospect Theory: An analysis of decision under risk, Econometrica 1979, Vol. 47/2, S. 263 ff. Siehe auch die Übersicht bei C. Camerer, Behavioral Economics: Reunifying Psychology and Economics, Proceedings of the National Academy of Science 96 (1999), S. 10575 ff.

sischen Ökonomie, das Recht und seine Wirkung u. a. unter dem Blickwinkel des *homo oeconomicus*-Modells betrachten,¹⁹ schlug die oben skizzierte Entwicklung innerhalb der Ökonomie auch auf diesen Teil der rechtswissenschaftlichen Forschung durch: Innerhalb der „Law and Economics“ entwickelten sich die „Behavioral Law and Economics“²⁰ mit dem Programm einer verhaltenswissenschaftlichen Analyse des Rechts, welche insbesondere das Ziel verfolgt, auf realistische Weise „die Wirkung der rechtlichen Intervention zu prognostizieren“.²¹

Zu den Vorreitern der „Behavioral Law and Economics“ in den USA gehören *Thaler* und *Sunstein*.²² In dem Buch „Nudge“ entwickeln sie ein Konzept, wonach verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse nicht nur zur Erklärung und Prognose menschlichen Verhaltens in einem vorgefundenen Rahmen genutzt werden können, sondern wonach der Staat diesen Rahmen gezielt gestalten kann, um seine Ziele zu verfolgen. Sie schreiben: „Unter Nudge verstehen wir (...) alle Maßnahmen, mit denen Entscheidungsarchitekten das Verhalten von Menschen in vorhersehbarer Weise verändern können, ohne irgendwelche Optionen auszuschließen oder wirtschaftliche Anreize stark zu verändern.“²³ Während nach der weiter oben zitierten Definition noch jeder für echte Menschen entscheidungsrelevante Faktor ein Nudge sein sollte, wird in dieser Passage deutlich, dass es *Thaler* und *Sunstein* eigentlich um die Beeinflussung des Verhaltens der Bürger durch gezielte staatliche Maßnahmen geht.

Im Folgenden soll zunächst durch einige Beispiele deutlicher werden, welche Art von Maßnahmen *Thaler* und *Sunstein* im Auge haben (B.). Im darauf folgenden Abschnitt wird das Konzept als solches aus rechtswissenschaftlicher Perspektive betrachtet, wobei deutlich gemacht werden soll, dass es sich in zwei Aspekte unterteilen lässt

19 Dazu v. Aaken, „Rational Choice“ (Fn. 13), insb. S. 85 m.w.N.; siehe auch Towfigh/Petersen, Public Choice Theorie und Social Choice Theorie, in: dies. (Hrsg.), Ökonomische Methoden (Fn. 13), S. 133 (135 ff.). Aus der privatrechtlichen Perspektive H. Eidenmüller, Der Homo Oeconomicus und das Schuldrecht, JZ 2005, S. 216 ff.

20 Zur Entwicklung: K. Mathis/A. D. Steffen, From Rational Choice to Behavioural Economics, in: K. Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Springer 2015, S. 31 ff. Aus der US-amerikanischen Lit. grundlegend R. A. Posner, Economic Analysis of Law, 1. Aufl., Boston 1972; R. H. Coase, The Problem of Social Costs, Journal of Law and Economics 3 (1960), S. 1 ff.; G. Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, Yale Law Journal 70 (1961), S. 499; aktuell etwa die Beiträge in Zamir/Teichman (Hrsg.), The Oxford Handbook (Fn. 1). Aus der deutschen Lit. einführend Lüdemann, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in: Ch. Engel/M. Englerth/J. Lüdemann/I. Spicker genannt Döhrmann (Hrsg.), Recht und Verhalten, Tübingen 2007, S. 7 (23 ff.); M. Englerth, Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung, ebd., S. 60 ff.; siehe auch M. Englerth, Verhaltensökonomie, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden (Fn. 13), S. 165 (169 ff.).

21 Ch. Engel, Verhaltenswissenschaftliche Analyse: Eine Gebrauchsanweisung für Juristen, in: ders. et. al. (Hrsg.), Recht und Verhalten (Fn. 20), S. 363.

22 Siehe aus ihren früheren Publikationen Jolls/Sunstein/Thaler, A Behavioral Approach (Fn. 6), S. 1471 ff. sowie den Sammelband C. R. Sunstein (Hrsg.), Behavioral Law & Economics, Cambridge University Press 2000.

23 Thaler/Sunstein, Nudge (Fn. 1), S. 15. Als Entscheidungsarchitekten werden dort Menschen bezeichnet, die „das Umfeld organisieren, in dem Menschen Entscheidungen treffen“, S. 11.

(C.). Anschließend wird der Versuch unternommen, diese Aspekte in einer Grundrechtsprüfung zu verorten, und so einige normative Anforderungen an Nudges zu entwickeln (D.), bevor der Beitrag mit einem Fazit schließt (E.).

Eine Anmerkung soll jedoch noch im Rahmen dieser Einleitung gemacht werden: Der Leser des Beitrags wird es womöglich als Zumutung empfinden, fortwährend mit dem englischen Begriff des Nudges konfrontiert zu werden. Da aber ein spezifisches Konzept behandelt werden soll, dessen Gegenstand von denjenigen, die es entwickelt haben, auch in den deutschen Übersetzungen als Nudge bezeichnet wird, erscheint es sinnvoll, die Bezeichnung insofern übernehmen. Es sei allerdings vorweggenommen, dass nach hier vertretener Ansicht außerhalb der Auseinandersetzung mit diesem Konzept kein Bedarf besteht, den Begriff des Nudges in die rechtswissenschaftliche Fachsprache aufzunehmen. Vielmehr streitet dieser Beitrag dafür, *Thalers* und *Sunsteins* Konzept differenziert zu betrachten und seine beiden Aspekte in Zukunft in erster Linie losgelöst vom Begriff des Nudges zu diskutieren und ggf. zu verwerten.

B. Was kann der Nudge? – Beispiele

Thaler und *Sunstein* gehen in ihrem Buch von einzelnen Erkenntnissen der Verhaltenswissenschaften aus und schlagen darauf aufbauende staatliche Maßnahmen vor. Im Folgenden wird der Versuch einer Systematisierung unternommen. Die gebildeten Gruppen repräsentieren zwar nicht abschließend jeden denkbaren Nudge, denn grundsätzlich kann jedes neue verhaltenswissenschaftliche Experiment Grundlage für eine neue Variante sein. Mit Maßnahmen der Gestaltung der Ausgangssituation (I.), mit „Sozialen Nudges“ (II.) und mit der Bereitstellung von Informationen (III.) sind aber wichtige Formen genannt.

I. Gestaltung der Ausgangssituation: Standardvorgaben

Das verhaltenswissenschaftlich festgestellte typisch menschliche Verhaltensmuster, das bei der Gestaltung der Ausgangssituation im Vordergrund steht, ist die sog. Tendenz zum status quo (*status quo bias*).²⁴ Empirisch belegt ist nicht nur, dass der Mensch eine gegebene Situation oft beibehält, selbst wenn dies „irrational“ ist. Verhaltenswissenschaftler haben auch Erklärungen dafür gefunden, *warum* dies so ist: So konnte eine sog. Verlustaversion festgestellt werden, wonach der Mensch Verluste

²⁴ *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 55 unter Verweis auf *W. Samuelson/R. J. Zeckhauser*, „Status quo bias in decision making“, *Journal of Risk and Uncertainty* 1/1988, S. 7 ff. Siehe auch *R. Korobkin*, Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law, in: *Sunstein* (Hrsg.), *Behavioral Law* (Fn. 22), S. 116 (118 ff.) m.w.N; *D. Kahneman/J. L. Knetsch/R. H. Thaler*, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, No. 1. (1991), S. 193 (197 ff.); zu unterschiedlichen Ausprägungen der Tendenz bei verschiedenen Gruppen (Unternehmern, Bankern, Studenten) *K. Burmeister/Cb. Schade*, Are entrepreneurs' decisions more biased? An experimental investigation of the susceptibility to status quo bias, *Journal of Business Venturing* 22 (2007), S. 340 ff.

höher bewertet als Gewinne; mit diesem Phänomen verwandt ist der sog. Besitzeffekt, welcher darin besteht, dass der Mensch Dinge, die in seinem Besitz sind, mehr schätzt als Dinge, die ihm nicht gehören.²⁵ Darüber hinaus wirkt auch die unvollkommene Willenskraft des Menschen, die sich dadurch ausdrückt, dass er oft zu träge ist, etwas zu ändern.²⁶

Die Tendenz, am Ist-Zustand festzuhalten, kann nach *Thaler* und *Sunstein* staatlicherseits ausgenutzt werden, um ein gewünschtes Verhalten wahrscheinlicher zu machen, indem gezielt entsprechende Standardvorgaben²⁷ (*default rules*) festgelegt werden.²⁸ Das Steuerungspotential dieser Nudge-Form lässt sich anhand von bekannten Praktiken der Privatwirtschaft veranschaulichen: So vergeben Zeitschriftenverlagen kostenlose Abonnements, welche, wenn der Abonnent nicht aktiv kündigt, in kostenpflichtige Abonnements übergehen.²⁹ Die Verlage machen es sich also zunutze, dass viele Kunden, obwohl sie nicht interessiert genug wären, um einen mit Kosten verbundenen Vertrag neu abzuschließen, doch einen bestehenden Vertrag nicht kündigen. *Thaler* und *Sunstein* schlagen nun vor, die Teilnahmezahlen an betrieblichen Altersvorsorgeprogrammen zu erhöhen, indem gesetzlich geregelt wird, dass automatisch beitritt, wer sich nicht ausdrücklich dagegen entscheidet.³⁰ Auch die Zahl der Organspenden könnte man erhöhen, indem man von der auch in Deutschland geltenden sog. Zustimmungslösung, nach der Organspender ist, wer ausdrücklich die entsprechende Bereitschaft erklärt,³¹ abrückt und eine Wider-

25 Zu beidem *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 53 ff.; siehe zu den Zusammenhängen auch *Kahneman/Knetsch/Thaler*, Anomalies (Fn. 24), S. 193 ff.; *E. J. McCaffery/D. J. Kahneman/M. L. Spitzer*, Framing the Jury: Cognitive Perspective on Pain and Suffering Awards, in: *Sunstein* (Hrsg.), Behavioral Law (Fn. 22), S. 259 (261 ff.) m.w.N.; *D. Ariely*, Predictably Irrational: The Hidden Forces that Shape our Decisions, HarperCollins, New York 2008, S. 127 ff. w.w.N.

26 *Korobkin*, Behavioral Economics, in: *Sunstein* (Hrsg.), Behavioral Law (Fn. 22), S. 116 (121 ff.) m.w.N.; *Joll/Sunstein/Thaler*, A Behavioral Approach (Fn. 6), S. 1477 ff.; *Ariely*, Predictably Irrational (Fn. 25), S. 109 ff. m.w.N.

27 Z.T. wird im Deutschen stattdessen von Rückfalloptionen gesprochen.

28 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 123 ff.; siehe auch bereits *dies.*, Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, University of Chicago Law Review 70 (2003), S. 1159 ff.; weiter gehend *Sunstein*, Why nudge? (Fn. 1), S. 99 ff.; zu „grünen“ Standardvorgaben mit Umweltschutzzielen *L. A. Reisch/J. Sandrini*, Nudging in der Verbraucherpolitik – Ansätze verhaltensbasierter Regulierung, Baden-Baden 2015, S. 102 ff.

29 Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 56; *L. A. Reisch/C. R. Sunstein*, Automatically Green: Behavioral Economics and Environmental Protection, Harvard Environmental Law Review, Vol. 38, No. 1, 2014, S. 127 ff.

30 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 155 ff. Umgesetzt wurde die Idee vom britischen „Behavioural Insights Team“, siehe *O. Service et. al.*, EAST – Four simple ways to apply behavioural insights, S. 9 ff. m.w.N., abrufbar unter www.behaviouralinsights.co.uk/sites/default/files/BIT%20Publication%20EAST_FA_WEB.pdf; siehe auch *Reisch/Sandrini*, Nudging in der Verbraucherpolitik (Fn. 28), S. 56 ff.

31 Nach § 4 Transplantationsgesetz können zudem u.U. Angehörige das Einverständnis erklären.

spruchslösung einführt, eine Regelung also, wonach Organspender ist, wer nicht ausdrücklich widerspricht.³²

Dass diese Nudge-Form mit verfassungsrechtlichen Bedenken verbunden sein kann, wird noch zur Sprache kommen (D. I. 1.). Hier deutlich werden soll zunächst nur die grundsätzliche Idee, wonach durch bewusste Zugrundelegung der Tendenz zum status quo bei der Ausgestaltung dispositiven Rechts politische Ziele erreicht werden können. Da eine Standardvorgabe die Bestimmung der Situation ist, die eintritt, wenn ein Betroffener nichts unternimmt, bestehen Einsatzmöglichkeiten in allen Lebenssituationen, in denen Bürger eine Entscheidung treffen können (und in denen keine Pflicht zu einer Entscheidung besteht).³³

II. „Soziale Nudges“

Eine andere Nudge-Form umfasst die von *Thaler* und *Sunstein* so genannten „Sozialen Nudges“. Durch diese wird staatlicherseits Einfluss auf den Entscheidungsfindungsprozess, auf die Urteilsbildung, genommen. Die verhaltenswissenschaftliche Erkenntnis, die den „Sozialen Nudges“ zugrunde liegt, besteht darin, dass der Mensch sich durch Worte und Taten anderer beeinflussen lässt und dass soziale Normen und sozialer Druck eine Wirkung auf sein Verhalten haben.³⁴ Damit unterscheidet sich der Mensch vom *homo oeconomicus*, der seine Entscheidungen einstündig nach feststehenden, eigenen Präferenzen trifft.³⁵

1. Hinweise auf ein Mehrheitsverhalten

Ein diesbezüglicher Vorschlag *Thalers* und *Sunsteins* ist es, die Bürger zu einem Verhalten zu bringen, indem man sie darauf aufmerksam macht, dass die Mehrheit der anderen Bürger sich entsprechend verhält.³⁶ So könne beispielsweise die Steuerehrlichkeit erhöht werden, indem man die Steuerpflichtigen individuell darauf hinweist,

32 Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 240 ff. Siehe auch *E. J. Johnson/D. Goldstein*, Do Defaults Save Lives?, *Science* 2003, Vol. 302, S. 1338 ff.; *A. Abadie/S. Gay*, The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: a cross-country study, *Journal of Health Economics* 2006 25 (4), S. 599 ff.; dazu: *Th. S. Ulen*, The Importance of Behavioral Law, in: *Zamir/Teichman* (Hrsg.), *The Oxford Handbook* (Fn. 1), S. 93 (98 ff.).

33 Die Pflicht zur Entscheidung bezeichnen *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 247 f., ebenfalls als Nudge. Zwar würde der *homo oeconomicus* eine Entscheidungspflicht wohl kaum ignorieren, da es sich um ein Gebot handelt, aufgrund dessen die Adressaten letztlich gezwungen werden können, sich zu entscheiden. Die Pflicht zur Entscheidung lässt sich jedoch insofern als Nudge begreifen, als das Gebot im *vorgefundenen Verhalten* von einer Tendenz zum status quo ausgeht. Diese wird allerdings anders als durch Standardvorgaben durch das Gebot nicht ausgenutzt, sondern neutralisiert.

34 Näher *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 79 ff. m.w.N. Siehe auch *P. W. Schultz/J. M. Nolan/R. B. Cialdini/N. J. Goldstein/V. Griskevicius*, The constructive, deconstructive and reconstructive power of social norms, *Psychological Science* 2007, 18 (5), S. 429 ff. Zu konkreten Studien siehe die Nachweise in Fn. 37 bis 39.

35 Siehe nur *Kirchgässner*, Führt der *homo oeconomicus* (Fn. 10), S. 106.

36 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 97 ff.

wie viele Bürger ihre Steuern bereits gezahlt haben.³⁷ Das in der Einleitung angesprochene „Behavioural Insights Team“, das die britische Regierung berät, hat diesen Vorschlag bereits aufgegriffen³⁸ und sieht die Möglichkeit, durch entsprechende Hinweise auch die Beteiligung am Recycling zu erhöhen und das Energie- und Wassersparen zu fördern.³⁹

2. Personalisierung

Als Unterfall „Sozialer Nudges“ kann auch die Personalisierung begriffen werden. Verhaltenswissenschaftliche Experimente legen nahe, dass der Mensch zum Handeln motiviert wird, wenn er persönlich bzw. individualisiert angesprochen wird. Zwar kann dieser Effekt von Personalisierung im Einzelfall auch darauf zurückgeführt werden, dass durch die persönliche Ansprache die Aufmerksamkeit steigt (dazu unten, III. 3.). Daneben ist die Wirkung aber auch damit zu erklären, dass eine soziale Norm eingreift und diszipliniert, weil sich der persönlich Angesprochene nicht mehr anonym fühlt. Dies soll etwa die Erklärung für folgendes Ergebnis eines Experiments des „Behavioural Insights Teams“ sein, bei dem vier unterschiedlich gestaltete Briefe an verschiedene Ärzte versandt wurden, um diese zur Zahlung ausstehender Steuern zu bewegen: Hierbei reagierten nur knapp vier Prozent der Angeschriebenen auf einen Brief ohne spezielle Ansprache, 21 Prozent reagierten auf ein Schreiben, das ertüchtiglich speziell an Ärzte gerichtet war, und knapp über 35 Prozent reagierten, wenn zudem der moralische Hinweis enthalten war, dass gemäß einer Umfrage die meisten Patienten darauf vertrauen, dass Ärzte die Wahrheit sagen.⁴⁰

III. Bereitstellung von Information

Eine letzte Nudge-Form, die hier vorgestellt werden soll, besteht in der unmittelbaren oder mittelbaren Bereitstellung von Informationen durch den Staat. Die Definition, wonach ein Nudge jeder Faktor ist, der „das Verhalten von Humans signifikant verändert, während er von Econis ignoriert würde“, scheint auf den ersten Blick nicht unbedingt auf Informationen zu passen. Denn der *homo oeconomicus* würde zutreffende und relevante Informationen selbstverständlich nicht ignorieren. Allerdings gehen *Thaler* und *Sunstein*, wie einleitend erwähnt, von einem *homo oeconomicus*

37 Thaler und Sunstein rezipieren folgende Studie: S. Coleman, The Minnesota Income Tax Compliance Experiment State Tax Results, Minnesota Department of Revenue, 1996, www.revenue.state.mn.us/research_stats/research_reports/19xx/research_reports_content_complnce.pdf; siehe auch Reisch/Sandrina, Nudging (Fn. 28), S. 71 ff.

38 Die Maßnahme wurde als Studie ausgewertet: M. Hallsworth/J. A. List/R. D. Metcalfe/I. Vlaev, The behavioralist as tax collector, NBER Working Paper No. 20007 (3/2014).

39 Service et. al., EAST (Fn. 30), S. 28. Dazu auch H. Allcott, Social Norms and Energy Conservation, Journal of Public Economics 2011, 95 (9-10), S. 1082 ff.; N. J. Goldstein/R. B. Cialdini/V. Griskevicius, A Room with a Viewpoint: Using Social Norms to Motivate Environmental Conservation in Hotels, Journal of Consumer Research, Vol. 35, No. 3 (2008), S. 472 ff.; Reisch/Sunstein, Automatically Green (Fn. 29), S. 127 ff. Vgl. Thaler/Sunstein, Nudge (Fn. 1), S. 101.

40 Service et. al., EAST (Fn. 30), S. 23.

in Reinform aus, dem sie zuschreiben, stets von vornherein vollständig informiert zu sein.⁴¹ Dieser *homo oeconomicus* würde staatliche Informationsmaßnahmen also insofern ignorieren, als sie bei ihm keinen *zusätzlichen* Effekt hätten. Ebenfalls wirkungslos wäre für ihn aufgrund seiner perfekten Rationalität jede bestimmte Art der Informationsvermittlung. Da demgegenüber der Mensch Informationen nur begrenzt aufnehmen und speichern kann, er nicht alle Informationen verstehen und bewerten kann und auch die Art der Informationsvermittlung für ihn relevant ist, handelt es sich nach *Thaler* und *Sunstein* auch bei der Bereitstellung von Informationen um einen Nudge.

Thaler und *Sunstein* behandeln die Bereitstellung von Informationen und die oben aufgeführten „Sozialen Nudges“ als unterschiedliche Nudge-Formen, obwohl sich natürlich auch letztere als Informationsmaßnahmen begreifen lassen. Der Grund für die Differenzierung scheint für sie darin zu liegen, dass „Soziale Nudges“ Informationen enthalten bzw. auf bestimmte Weise vermitteln, die für den *homo oeconomicus* per se irrelevant sind, während es bei der Nudge-Form der Bereitstellung von Informationen inhaltlich um Fakten geht, auf deren Vermittlung der *homo oeconomicus*, wie ausgeführt, zwar nicht angewiesen ist, die er aber ebenfalls berücksichtigen würde. Diese Unterscheidung ist aus *Thalers* und *Sunsteins* Perspektive konsequent und wird daher an dieser Stelle übernommen (anders unten im Rahmen der grundrechtlichen Erwägungen, D. I. 2.).

1. Unmittelbare Informationsbereitstellung

Ein Beispiel für einen Nudge durch Informationsbereitstellung, die unmittelbar durch den Staat erfolgt, bietet das deutsche Transplantationsgesetz (TPG). Nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 u. S. 2 TPG sollen u.a. die nach Landesrecht zuständigen Stellen die Bevölkerung ergebnisoffen über die Möglichkeiten der Organ- und Gewebespende aufklären. Zwar gibt es auch Bundesländer, die das Ziel der Aufklärung allein darin sehen, die Bevölkerung aufzufordern, sich eine eigenständige Meinung zum Thema Organspende zu bilden; andere Bundesländer geben als ein wesentliches Ziel aber auch ausdrücklich eine Erhöhung der Organspendebereitschaft an.⁴²

2. Mittelbare Informationsbereitstellung

Viele Beispiele in dem Buch „Nudge“ betreffen die mittelbare Informierung der Bürger. Aus Sicht derjenigen, die zur Offenlegung von Informationen verpflichtet werden, stellt dies selbstverständlich keinen Nudge dar. *Thaler* und *Sunstein* betrachten Informationspflichten aber aus Sicht der Informationsempfänger: Indem man Unternehmen durch klassische Gebote dazu zwinge, bestimmte Informationen zur Verfügung stellen, könne man die Bürger beispielsweise zu einem gesünderen Essver-

41 Diese Eigenschaft des *homo oeconomicus* ist innerhalb der Ökonomie sehr umstritten, dazu *Kirchgässner*, *Homo oeconomicus* (Fn. 12), S. 17 u. 27.

42 Vgl. BT-Drs. 16/13740, S. 30.

halten oder zum Benzinsparen bringen. Zu denken ist also an etwa Deklarationspflichten für die Lebensmittelbranche, an die Pflicht zur Ausweisung von Energieeffizienzklassen bei Haushaltsgeräten oder an eine von *Thaler* und *Sunstein* vorgeschlagene Pflicht zur Veröffentlichung der durchschnittlichen Verbrauchskosten von Fahrzeugen.⁴³

3. Art der Informationsvermittlung

Auch die Art der Informationsvermittlung ist für *Thaler* und *Sunstein* ein Nudge. Eine Variante lässt sich als Vereinfachung beschreiben. Das „Behavioural Insights Team“ in Großbritannien hat diese im Steuerbereich eingesetzt: Statt die Bürger für eine bestimmte Steuererklärung auf eine Website zu führen, auf der ein Formular angeklickt werden konnte, wurde ihnen ein Link zugeschickt, der sie direkt zu dem Formular leitete. Die Rücklaufquote stieg dadurch von 19 auf 23 Prozent.⁴⁴ Eine Nudge-Form, die mit der Vereinfachung verwandt ist, besteht darin, die Auffälligkeit oder, so der psychologische Fachbegriff, die Salienz der Informationen zu erhöhen, die vom Bürger wahrgenommen und in die Entscheidungsfindung einbezogen werden sollen.⁴⁵ Dass der Mensch Informationen in Fettdruck oder Rotschrift eher wahrnimmt, wird wohl jeder intuitiv bestätigen. Das Nudging durch Auffälligkeit fordert aber auch zu darüber hinausgehender Kreativität heraus. Denn die Salienz eines Reizes steigt, je überraschender und neuartiger er ist. Enthält etwa ein Schreiben einer Behörde, das zur Teilnahme an einer Umfrage auffordert, eine handschriftliche Notiz, kann dies einen Überraschungseffekt erzielen und nach der Erfahrung der irischen Steuerbehörden die Beteiligung signifikant erhöhen.⁴⁶

Das auffällige Herausstellen bestimmter Informationen kann selbstverständlich auch bei der mittelbaren Informationsbereitstellung eine Rolle spielen. So müssen nach §§ 7 f. der deutschen Tabakproduktverordnung mindestens 30 Prozent der Verpackung mit einem Warnhinweis bedruckt sein, was *Thaler* und *Sunstein* als Nudge zum Nichtrauchen ansehen würden. In anderen Ländern wird man zum Teil besonders salient mit Fotos von zerstörten Lungen oder Raucherbeinen konfrontiert.

C. Was will der Nudge? – Die zwei Aspekte des Nudge-Konzepts

Die aufgeführten Beispiele dürften gezeigt haben, dass als Nudge nicht nur völlig Neuartiges bezeichnet werden kann. Sie mögen sogar Anlass dafür geben, *Thaler* und *Sunstein* als Marketing-Genies anzusehen, die sehr erfolgreich „alten Wein in neuen Schläuchen“ verkaufen. In der Tat sind Beispiele zu jeder der genannten Nudge-

43 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 143 u. 260 ff.

44 *Service et. al.*, EAST (Fn. 30), S. 13 m.w.N.; siehe auch *Reisch/Sandrimi*, Nudging (Fn. 28), S. 76 f.

45 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 142 f.

46 Irish Revenue, Survey of Small and Medium Sized Business Customers, 2013, S. 51 ff. (abrufbar unter: www.revenue.ie/en/about/publications/business-survey-2013.pdf) unter Bezugnahme auf *R. Garner*, Post-it – Note Persuasion: A Sticky Influence, *Journal of Consumer Psychology* 2005, S. 230 ff.

Formen in der deutschen Rechtspraxis seit langem bekannt. *Thaler* und *Sunstein* geht es aber nicht in erster Linie um die Entwicklung einzelner Maßnahmen zur Erreichung einzelner politischer Ziele, sondern um die Entwicklung eines darüber hinausgehenden, zusammenhängenden Konzeptes. Hinsichtlich dieses Konzepts wird vorliegend davon ausgegangen, dass eine Unterscheidung zwischen zwei Aspekten möglich ist: Zum einen wird der Nudge von *Thaler* und *Sunstein* als Steuerungsinstrument und Bewirkungsform entwickelt (I.), zum anderen wird er mit dem rechts-politischen Programm des Libertären Paternalismus verbunden (II.).⁴⁷

I. Der steuerungsorientierte Aspekt des Nudge-Konzepts

Die Überzeugung, dass die Rechtswissenschaft sich auch für die Wirkung des Rechts und damit für das menschliche Verhalten zu interessieren hat, liegt nicht nur dem oben behandelten „Behavioral Law and Economics“-Ansatz zugrunde. Auch die allgemeine Verwaltungsrechtslehre in Deutschland beschäftigt sich seit längerem zunehmend mit den tatsächlichen Wirkungen des Rechts. Insbesondere die sog. Neue Verwaltungsrechtswissenschaft ist durch ihr Interesse an den Folgen des Rechts charakterisiert⁴⁸ und begreift das Recht (auch) als Instrument zur „Beeinflussung von Ereignisabläufen“.⁴⁹ Soweit *Thaler* und *Sunstein* den Nudge als Oberbegriff für Maßnahmen entwickelt haben, die verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse einbeziehen und staatlicherseits zur Verhaltenssteuerung genutzt werden können, liegt ihr Konzept ganz auf dieser Linie. Denn sie haben mit dem, was im Folgenden als „verhaltenswissenschaftlich informierte staatliche Maßnahmen“ bezeichnet werden soll,⁵⁰ eine neue steuerungsorientierte, verwaltungsrechtliche Kategorie von Steuerungsinstrumenten und Bewirkungsformen entwickelt.

Die Bildung von Kategorien ist als Teil der Weiterentwicklung einer verwaltungsrechtlichen Formenlehre in vieler Hinsicht hilfreich:⁵¹ Sie kann den Blick für die Funktionsweise bekannter Instrumente schärfen, sie kann bei der Rechtssetzung und -anwendung helfen, weitere Instrumente derselben Kategorie zu entwickeln sowie systematischer und bewusster zwischen verschiedenen Instrumenten zu wählen, und sie kann zugrunde gelegt werden, um gemeinsame Rechtmäßigkeitsanforderungen zu entwickeln (zu Letzterem unten, D. I.).

47 Auch *Thaler* und *Sunstein* selbst deuten die Trennbarkeit beider Aspekte an, Nudge (Fn. 1), S. 331.

48 Statt vieler A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/ E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Aufl., München 2012, § 1 Rn. 16 ff. m.w.N.

49 A. Voßkuhle, „Schlüsselbegriffe“ der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch 92 (2001), S. 184 (194).

50 Vgl. Ch. Engel, Nudging and Uncertainty (Abstract), VerfBlog, 2015/1/09, www.verfassungsblog.de/nudging-uncertainty-abstract/: „Behaviorally informed governance“.

51 Hierzu allgemein W. Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: ders./E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl., München 2012, § 33 Rn. 34, 46 ff. Mit Bezug zu Nudges G. F. Schuppert, Zwischen Freiheit und Bevormundung, in: U. Schliesky/ Ch. Ernst/S. Schulz (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa – Festschrift für Edzart Schmidt-Jortzig, Heidelberg 2011, S. 291 (292 ff.).

1. Verhaltenswissenschaftlich informierte Maßnahmen als Steuerungsinstrumente

Die Kategorie von Steuerungsinstrumenten, die verhaltenswissenschaftlich informierte staatliche Maßnahmen zusammenfasst, ist auf einer neuen Bezugsebene angesiedelt. Dass damit eine juristische Kategorie in Anknüpfung an Kategorien anderer Wissenschaften, nämlich der Ökonomie und Verhaltenswissenschaften, gebildet wird, ist zwar ungewohnt. Es spricht jedoch nichts Grundsätzliches dagegen. Zwar könnte man meinen, die Rechtswissenschaft mache sich, wenn sie eine solche Kategorie anerkennt, von anderen Disziplinen abhängig. Schließlich kann ein Rechtswissenschaftler die fachfremden Erkenntnisse ja selbst nicht (über eine laienhafte Plausibilitätskontrolle hinaus) überprüfen. Hinzu kommt, dass die Interpretationen verhaltenswissenschaftlicher Experimente zum Teil auch von anderen, ebenfalls den Verhaltenswissenschaften zuzuordnenden Wissenschaftlern nachdrücklich in Frage gestellt werden.⁵² Die Anerkennung der rechtswissenschaftlichen Kategorie verhaltenswissenschaftlich informierter staatlicher Maßnahmen setzt jedoch nicht voraus, dass solche intradisziplinären fachfremden Streits von Rechtswissenschaftlern gelöst werden können müssen. Entscheidend ist, dass aus rechtswissenschaftlicher Sicht eine Maßnahme dann dieser Kategorie zugeordnet werden kann, wenn der Staat (oder ein anderer „Entscheidungsarchitekt“) bei ihrer Kreierung (umstrittene *oder* unumstrittene) verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse zugrunde legt.

Erkennt man die Kategorie verhaltenswissenschaftlich informierter staatlicher Maßnahmen an, lassen sich Steuerungsinstrumente nach der angenommenen, zugrunde gelegten Logik ihrer Wirkungsweise unterscheiden. Denn verhaltenswissenschaftlich informierte Steuerungsmaßnahmen lassen sich von anderen verwaltungsrechtlichen Steuerungsinstrumenten wie folgt abgrenzen: Der Verhaltenssteuerung durch Standardvorgaben, Hinweise auf ein Mehrheitsverhalten, Personalisierung und Bereitstellung von Informationen liegt die Annahme zugrunde, *dass* es bestimmte verhaltenswissenschaftlich erforschte Verhaltensmuster gibt, während andere Steuerungsinstrumente *unabhängig davon* wirken sollen, ob es diese gibt. Man könnte auch sagen, dass verhaltenswissenschaftlich informierte Maßnahmen in ihrer Wirkungslogik von irrationalem Verhalten ausgehen, während die übrigen Steuerungsinstru-

⁵² Siehe nur G. Gigerenzer, On Narrow Norms and Vague Heuristics: A Reply to Kahneman and Tversky, *Psychological Review* 103 (1996), S. 592 (593 ff.), der zeigt, wie Ergebnisse konkreter Experimente anders interpretiert werden können bzw. müssen. Allgemeiner *ders.*, On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism, *Review of Philosophy and Psychology* 2015 (Online-Publikation: <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs13164-015-0248-1#>), wo er Thaler und Sunstein vorwirft, einer „confirmation bias, that is, selective reporting of research“ zu erliegen; in *ders.*, Bauchentscheidungen: Die Intelligenz des Unterbewussten und die Macht der Intuition, München 2008, S. 103 ff. erläutert er an Beispielen, inwiefern Sprache und Statistiken bei Experimenten missbraucht werden können.

mente bei der Erzielung von Wirkung auf ein rationales Verhalten der Adressaten setzen.⁵³

Zwar ist es in der Rechtswissenschaft außerhalb des „Law and Economics“-Ansatzes unüblich, die Wirkungsweise rechtlicher Instrumente mit Blick auf eine angenommene Rationalität der Adressaten zu erklären oder zu beschreiben. Vielmehr distanziert sich die Rechtswissenschaft in weiten Teilen ausdrücklich von der Zugrundelegung des *homo oeconomicus*-Modells, mit dem das Rationalitätsaxiom so eng verbunden ist.⁵⁴ Soweit es um die Steuerbarkeit menschlichen Verhaltens geht, kann man aber dennoch feststellen, dass auch Rechtswissenschaftler im Allgemeinen davon ausgehen, dass der Mensch in seine Verhaltensentscheidung einbezieht, welche Vor- und Nachteile mit verschiedenen Verhaltensalternativen verbunden sind, dass er diese Vor- und Nachteile richtig einschätzen und bewerten kann und dass er sich schließlich normalerweise entsprechend verhält: Wenn auch nicht unter Zugrundelegung des neoklassischen Verhaltensmodells, sondern aus Erfahrung und vielleicht aus einer Art gesunden Menschenverstandes heraus, gehen Juristen im Grundsatz davon aus, dass z.B. Strafen von strafbarem Verhalten abschrecken,⁵⁵ dass Subventionen die Entscheidung für das subventionierte Verhalten fördern und dass Steuern besteuertes Verhalten reduzieren. Letzteres wird von Steuerrechtler, welche durchaus auch ausdrücklich auf das *homo oeconomicus*-Modell Bezug nehmen,⁵⁶ unter dem Begriff der Lenkungswirkung diskutiert.

Ebenso wie sich verhaltenswissenschaftlich informierte staatliche Maßnahmen hinsichtlich der geschilderten zugrunde gelegten Wirkungslogik eindeutig von Ge- und Verboten unterscheiden lassen, unterscheiden sie sich auch von denjenigen Maßnahmen, die in der verwaltungsrechtlichen Literatur als Anreize behandelt werden. Denn soweit Anreize bisher als verwaltungsrechtliche Kategorie von Steuerungsinstrumenten behandelt werden, wird ein Anreizbegriff verwendet, der verhaltenswissenschaftlich informierte Maßnahmen nicht erfasst. So werden nach der Definition

53 Eine Ausnahme ist in Zwangsmaßnahmen, etwa in der Ersatzvornahme, zu sehen, wenn man diese überhaupt als Steuerungsinstrumente begreift. Auch diese gehen jedoch in ihrer Wirkungsweise (anders als möglicherweise im vorgefundenen Verhalten!) jedenfalls nicht von Irrationalität aus, sondern wirken durch Zwang.

54 Siehe nur K.-H. Fetzer, Aspekte der Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, S. 817 (821 ff.); ders., Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, JZ 1988, S. 223 ff.; kritisch auch R. Gröschner, Der *homo oeconomicus* und das Menschenbild des Grundgesetzes, in: Engel/Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht (Fn. 10), S. 31 (40 ff.). Zusammenfassung der Kritik bei Lüdemann, Die Grenzen, in: Engel et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten (Fn. 20), S. 7 (9 ff.). Eine Gegenposition aus ökonomischer Sicht: Kirchgässner, Führt der *homo oeconomicus* (Fn. 10), S. 104 ff.

55 Zur (eingeschränkten) generalpräventiven Wirkung sowie zu weiteren Funktionen von Strafen etwa S. Baer, Rechtssoziologie, 2. Aufl., Baden-Baden 2015, § 9 Rn. 8 ff. m.w.N.

56 Zum Wert des *homo oeconomicus*-Modells aus Sicht der Steuerrechtswissenschaft R. Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, Tübingen 2005, S. 47 ff.; M. Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, Tübingen 2010, S. 306 ff.

von Ute Sacksofsky Anreize zwar zunächst ganz allgemein „als Formen der Steuerung durch Recht verstanden, die (...) den Adressaten durch die Anknüpfung positiver oder negativer Folgen zum erwünschten Verhalten bringen sollen“.⁵⁷ Sacksofsky behandelt aber in erster Linie monetäre Anreize, also Maßnahmen, die, wie Subventionen und Lenkungssteuern, ein Verhalten mit auch für den *homo oeconomicus* relevanten Vor- oder Nachteilen verbinden. Zwar erfasst Sacksofsky daneben auch meritörische Anreize, die wie Ehrendoktortitel oder Auszeichnungen für bürger-schaftliches Engagement eine Wertschätzung der Gesellschaft ausdrücken⁵⁸ und einen *homo oeconomicus* in Reinform wohl unbeeindruckt ließen. Gleichwohl er-scheint es zu weitgehend, meritörische Anreize als verhaltenswissenschaftlich infor-mierte Maßnahmen zu beschreiben, da sie hinsichtlich ihrer Wirkungslogik letztlich doch einen – wenn auch im weiteren Sinne – an Vor- und Nachteilen orientierten und in diesem Sinne „rationalen“ Adressaten voraussetzen.

Eine eindeutige Gemeinsamkeit zwischen verhaltenswissenschaftlich informierten staatlichen Maßnahmen und Anreizen, durch die sich beide von Ge- und Verboten abgrenzen lassen, besteht darin, dass beide die Verhaltensalternativen zu dem durch sie angestrebten Verhalten nicht verbieten. Denn ebenso wie es zum Anreiz-Begriff gehört, dass Anreize „erwünschtes Verhalten nicht als Rechtspflichten (verbunden mit Sanktionen) anordnen“,⁵⁹ charakterisiert es die verhaltenswissenschaftlich infor-mierten Maßnahmen, dass sie Verhalten beeinflussen sollen, „ohne irgendwelche Optionen auszuschließen“.⁶⁰ Beide lassen sich also dem Steuerungstypus des „sti-mulierenden Rechts“ zuordnen, welches man von „imperativem“ Recht abgrenzen kann.⁶¹ Mit ihrer (nur) stimulierenden Eigenschaft geht einher, dass das durch sie angestrebte Verhaltensergebnis nicht zwangswise durchsetzbar ist.

2. Verhaltenswissenschaftlich informierte Maßnahmen als Bewirkungsform

Verhaltenswissenschaftlich informierte staatliche Maßnahmen können außerdem als eine neue Kategorie von Bewirkungsformen angesehen werden. Der verwaltungs-rechtliche Begriff der Bewirkungsform wurde von Wolfgang Hoffmann-Riem etabliert. Er soll, ganz im Sinne einer wirkungsorientierten Verwaltungsrechtswissen-schaft, rechtlich geformte Maßnahmen bezeichnen, die die Bewirkung von Verwal-tungsrecht erreichen, wobei Bewirkung hier die gezielt angestrebte oder billigend in Kauf genommene *tatsächliche* Wirkung meint.⁶² Zwar verwendet Hoffmann-Riem den Begriff der Bewirkungsform in erster Linie als Oberbegriff für Maßnahmen, die

57 U. Sacksofsky, Anreize, in: Hoffmann-Riem et al. (Hrsg.), GVwR II (Fn. 51), § 40 Rn. 7.

58 Sacksofsky, Anreize, in: Hoffmann-Riem et. al. (Hrsg.), GVwR II (Fn. 51), § 40 Rn. 25.

59 Sacksofsky, Anreize, in: Hoffmann-Riem et. al. (Hrsg.), GVwR II (Fn. 51), § 40 Rn. 7.

60 Thaler/Sunstein, Nudge (Fn. 1), S. 15.

61 Diese Kategorisierung findet sich bei Schuppert, Zwischen Freiheit, in: Schliesky et. al. (Hrsg.), FS Schmidt-Jortzig (Fn. 51), S. 291 (302). Zwingend ist diese nicht.

62 Hoffmann-Riem, Rechtsformen, in: ders. et. al. (Hrsg.), GVwR II (Fn. 51), § 33 Rn. 16 ff.

ergänzend neben anderes Verwaltungshandeln treten (etwa neben eine Grundverfügung), um dessen Befolgung zu sichern (beispielsweise also Vollstreckungsmaßnahmen). Da verhaltenswissenschaftlich informierte staatliche Maßnahmen aber keiner Durchsetzung durch die Verwaltung bedürfen, sondern (wenn sie wirken) selbstvollstreckend sind, sind auch sie auf tatsächliche Bewirkung gerichtet. Sie entsprechen insofern den verwaltungsrechtlichen Anreizen, welche *Hoffmann-Riem* als eine Bewirkungsform aufführt, die „als solche“ Verhaltenswirkungen erzeugen soll.⁶³

3. Weitere Kategorisierungsmöglichkeiten für Nudge-Formen

Während sich die geschilderten Kategorisierungsmöglichkeiten auf verhaltenswissenschaftlich informierte staatliche Maßnahmen im Allgemeinen beziehen, besteht grundsätzlich die Möglichkeit weiterer Ausdifferenzierungen. Für solche fehlt hier der Raum. Nur beispielhaft sei angeführt, dass man etwa „Soziale Nudges“ steuerungsorientiert betrachtet zu einem großen Teil der informalen Verhaltenssteuerung zuordnen kann.⁶⁴ Die Bereitstellung von Informationen kann man ebenfalls als informale Verhaltenssteuerung, aber auch noch konkreter als Verhaltenssteuerung durch Information begreifen.⁶⁵ Als besonders divers erweisen sich verhaltenswissenschaftlich informierte staatliche Maßnahmen schließlich, wenn man sie bestimmten Rechts- und Handlungsformen⁶⁶ zuordnet, da sie insofern grundsätzlich jede denkbare Form annehmen können.

II. Der rechtspolitische Aspekt des Nudge-Konzepts

Der Nudge ist für *Thaler* und *Sunstein* mehr als nur ein Steuerungsinstrument und eine Bewirkungsform. Ihr Buch enthält, wie auch weitere Publikationen der beiden Autoren,⁶⁷ einen zusätzlichen Strang, in welchem sie den Nudge in ein rechtspolitisches Programm einordnen, das sie als „neue Bewegung“ beschreiben⁶⁸ und das durchaus ideologisch daherkommt: Das des Libertären Paternalismus. Hierzu schreiben sie: „Libertäre Paternalisten wollen es den Menschen leichtmachen, ihren eigenen Weg zu gehen; sie möchten niemanden daran hindern, von seien Freiheitsrechten Gebrauch zu machen. Paternalismus ist deshalb wichtig, weil es unserer Überzeugung nach für Entscheidungsarchitekten legitim ist, das Verhalten der Menschen zu beeinflussen, um ihr Leben länger, gesünder und besser zu machen. Anders gesagt, wir sind dafür, dass private Institutionen, Behörden und Regierungen bewusst versuchen,

63 *Hoffmann-Riem*, Rechtsformen, in: ders. et. al. (Hrsg.), GVwR II (Fn. 51), § 33 Rn. 18.

64 *Schuppert*, Zwischen Freiheit, in: Schliesky et. al. (Hrsg.), FS Schmidt-Jortzig (Fn. 51), S. 291 (295).

65 Dazu allg. *Ch. Gusy*, Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in: *Hoffmann-Riem* et. al. (Hrsg.), GVwR II (Fn. 51), § 23.

66 Dazu allgemein *Hoffmann-Riem*, Rechtsformen, in: ders. et. al. (Hrsg.), GVwR II (Fn. 51), § 33.

67 *Sunstein/Thaler*, Libertarian Paternalism (Fn. 28), S. 1159 ff.; *Sunstein*, Why Nudge? (Fn. 1).

68 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 14.

die Entscheidungen der Menschen so zu lenken, dass sie hinterher besser dastehen – und zwar gemessen an ihren eigenen Maßstäben.“⁶⁹

Dass es sich beim Nudge um ein – wie *Thaler* und *Sunstein* es nennen – „libertäres“ Steuerungsinstrument handelt, klang bereits oben an: Begriffsnotwendig verbietet er keine Verhaltensalternativen, sondern überlässt dem Adressaten (zumindest formell) eine Wahl. *Thaler* und *Sunstein* beschreiben dies als eindeutigen Vorteil des Nudges gegenüber Ge- und Verboten sowie gegenüber Steuern, was zurecht vereinzelt kritisiert wird, da sie ausblenden, dass in vielen Politikbereichen zwangsweise durchsetzbare Regulierungsansätze effektiver und auch im Übrigen rechtspolitisch sinnvoller sein können als „libertäre“.⁷⁰ Der Großteil der Kritik an *Thalers* und *Sunsteins* Libertärem Paternalismus richtet sich allerdings nicht gegen den libertären, sondern gegen den paternalistischen Ansatz, welcher auch hier im Vordergrund stehen soll.

1. Paternalistische Ziele

Thaler und *Sunstein* setzen sich nicht mit verschiedenen Paternalismusbegriffen⁷¹ auseinander, sondern beziehen sich lediglich auf den Kern, den all diese Begriffe gemeinsam haben: Jemand (hier: der Staat) lässt einem anderen (hier: dem Bürger) gegen oder ohne dessen Willen (vermeintliche) Vorteile zukommen; er schützt ihn vor sich selbst. Zwar nennen *Thaler* und *Sunstein* selbst mit Maßnahmen zur Erhöhung der Zahl der Organspenden und einer effektiveren Steuereintreibung Maßnahmen, bei denen verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse dafür nutzbar gemacht werden, Entscheidungen der Adressaten zum Wohle Dritter oder der Allgemeinheit zu beeinflussen. Auch wenn es aber diese Beispiele gibt, ist das Nudge-Konzept als solches mit dem Libertären Paternalismus untrennbar verbunden. Denn nach *Thalers* und *Sunsteins* Vorstellung sollen die Bürger durch Nudges in erster Linie dazu gebracht werden, ein „besseres Leben“ zu führen, indem sie etwa wenig oder gar nicht rauchen, sich kalorienbewusst ernähren und finanziell für das Alter vorsorgen.⁷²

Bei der Bewertung dieser Ziele als Vorteil für die Betroffenen geben *Thaler* und *Sunstein* zwar vor, deren jeweiligen individuellen Maßstab anzulegen. Sie lassen aber

69 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 14 f.

70 *J. King*, Why not Nudge?, VerfBlog, 2015/1/05, www.verfassungsblog.de/not-nudge/. In diese Richtung auch *Ch. McCrudden*, Nudging and human dignity, VerfBlog, 2015/1/06, www.verfassungsblog.de/nudging-human-dignity/, der betont, dass sich vor allem konservative Mitte-Rechts-Regierungen für das „Nudging“ interessierten, da es im Zusammenhang mit liberaler Wirtschaftspolitik und Deregulierung zu sehen sei.

71 Siehe dazu die Beiträge in *M. Anderheiden/P. Bürkli/H. M. Heinig/St. Kirste/K. Seelmann* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, Tübingen 2006; dort insbes. *A. v. Aaken*, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr, S. 109 (122).

72 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 15.

offen, woher sie diesen kennen wollen.⁷³ Oder besser: Sie scheinen für evident zu halten, was ein „gutes Leben“ ausmacht. Wie selbstverständlich gehen sie davon aus, dass die Menschen „gemessen an ihren eigenen Maßstäben“ profitieren, wenn ihr Leben länger und gesünder wird. Blickt man wohlwollend auf diesen Gedanken, wird man ihn naiv nennen.⁷⁴ Aber übersehen *Thaler* und *Sunstein* wirklich, dass es so einfach nicht ist? Oder wer bestimmt in ihrem Konzept in Wahrheit, dass ein Nicht-raucher, ein Schlanker oder ein Mensch mit betrieblicher Altersvorsorge besser darsteht als ein Raucher, ein exzessiver Schokoladengenießer oder jemand, der sein an der Altersvorsorge gespartes Geld für Hobbies ausgeben kann?

Horst Eidenmüller meint, dass sich *Thaler* und *Sunstein* jeder konkreten Aussage darüber enthielten, wie das Wohl der Betroffenen zu bestimmen sei; der Libertäre Paternalismus offenbare damit „seinen leeren normativen Kern“.⁷⁵ Diesem Verständnis wird hier jedoch widersprochen. Denn nach hiesiger Interpretation legen *Thaler* und *Sunstein* durchaus ein (wenn auch mehr als fragwürdiges) normatives Konzept zugrunde, dessen Maßstab bestimmbar ist. Ehrlicher Weise müssten sie nämlich zugeben, dass der *homo oeconomicus* für sie, anders als vorgegeben, doch eine Rolle spielt – und zwar eine entscheidende: *Er* ist es, der bestimmt, was ein „gutes Leben“ ausmacht; die Adressaten der Nudges stehen nicht nach ihren eigenen Maßstäben besser dar, sondern nach denen der klassischen Wirtschaftswissenschaften. Denn die paternalistischen Maßnahmen sind darauf gerichtet, Unterschiede, die der Bürger im Vergleich zum *homo oeconomicus* aufweist, zu kompensieren und sie im Ergebnis zu einem Verhalten zu bringen, welches auch der *homo oeconomicus* an den Tag legen würde.⁷⁶ Die von *Thaler* und *Sunstein* vorgenommene Verbindung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse mit einer rechtlichen Steuerungsidee gipfelt durch die Einbettung in den Libertären Paternalismus also darin, dass das neoklassische Verhaltensmodell der Ökonomen zur Maxime für menschliches Verhalten erhoben wird.

Dies verdient Kritik: *Thalers* und *Sunsteins* „Politikrichtlinien“⁷⁷ erscheinen, weil sie nicht im politischen Prozess entwickelt, sondern aus der ökonomischen Theorie ab-

73 Das Problem der Bewertung paternalistischer Maßnahmen als vorteilbringend stellt sich beim Paternalismus immer. Dazu bereits *J. S. Mill*, *On Liberty*, Cambridge 2003 (Original: London 1859); mit Bezug auf das Nudge-Konzept etwa *M. D. White*, *The Manipulation of Choice – Ethics and Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, New York 2013, S. 61 ff.

74 Vgl. *H. Eidenmüller*, *Liberaler Paternalismus*, JZ 2011, S. 814 (820): „(...) das sind freilich naive bzw. triviale Zielvorstellungen, die nicht ansatzweise für eine ausgearbeitete normative rechtspolitische Konzeption gelten können.“

75 *Eidenmüller*, *Liberaler Paternalismus* (Fn. 74), S. 820.

76 Ähnlich *R. Rebonato*, *Taking liberties: a critical examination of libertarian paternalism*, Palgrave Macmillan, Basingstoke 2012, S. 84: „Libertarian paternalism is a set of intervention aimed at overcoming people's stable cognitive biases by exploiting them in such way as to steer their decisions towards the choices they themselves would make if they were rational.“

77 *Thaler/Sunstein*, *Nudge* (Fn. 1), S. 14.

geleitet und vorgegeben werden, nicht nur undemokratisch. Auch dass mit einer ökonomisch-ideologischen Begründung von einem (zudem völlig unterkomplex beschriebenen) „Sein“ auf ein „Sollen“ geschlossen wird, schreit nach Widerspruch aus der Rechtswissenschaft (zu einer möglichen Verortung der Kritik im Rahmen der Grundrechtsprüfung, siehe unten D.).⁷⁸

2. Paternalistisches Instrument

Wie gesehen, behandeln *Thaler* und *Sunstein* „normales“ menschliches Verhalten als per se korrekturbedürftig.⁷⁹ Da damit eine Abwertung des vorgefundenen Verhaltens einhergeht, liegt die Überlegung nahe, den Nudge auch schon ganz unabhängig von den mit ihm verfolgten Zielen als insofern paternalistisch anzusehen als der Staat allein durch seinen Einsatz zum Ausdruck bringt, den Bürger „nicht für voll zu nehmen“.⁸⁰ „Der Trottel als Leitbild“ lautete in diesem Sinne etwa eine Überschrift zum „Nudging“ im Magazin „Der Spiegel“.⁸¹ Tatsächlich verbinden *Thaler* und *Sunstein* verhaltenswissenschaftliche Forschungsergebnisse mit einer Wertung, die jedoch keineswegs zwingend ist. Vielmehr wird *Thaler* und *Sunstein* beispielsweise auch von Psychologen mit Nachdruck entgegengehalten, „irrationale“ Verhaltensweisen seien kein menschliches Defizit, sog. Verhaltensanomalien hätten vielmehr durchaus einen guten Sinn und seien sogar „intelligent“.⁸² *Thalers* und *Sunsteins* Beschreibungen menschlichen Verhaltens als von Rationalitätsdefiziten geprägt und des Menschen als „fehlerhaft“ sind dagegen, spätestens wenn sie in den Kontext des Libertären Paternalismus gestellt werden, verräterisch. Denn es handelt sich offensichtlich nicht nur eine für Juristen gewöhnungsbedürftige ökonomische Fachsprache. Vielmehr offenbaren *Thaler* und *Sunstein* den oben beschriebenen, auf ökono-

78 Kritisch *H. M. Heinig*, Gibt es eine Ethik des Nudging?, VerfBlog, 2014/12/15, www.verfassungsblog.de/gibt-es-eine-ethik-des-nudging/; anders aber ebenfalls kritisch *Eidenmüller*, Liberaler Paternalismus (Fn. 74), S. 819; *St. Kirsie*, Harder und weicher Rechtspaternalismus, JZ 2011, S. 805 (808); *E. Schumann*, Edukatorisches Staatshandeln am Beispiel der Etablierung eines neuen Familienleitbilds, in: dies. (Hrsg.), Das erziehende Gesetz: 16. Symposium der Kommission Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart, Berlin 2014, S. 1 (15 ff.); siehe auch *Engel*, Verhaltenswissenschaftliche Analyse, in: ders. et. al. (Hrsg.), Recht und Verhalten (Fn. 20), S. 363 (394). Zur Unterkomplexität der Seinsbeschreibung aus der philosophischen Lit. hier nur *White*, The Manipulation of Choice (Fn. 73), S. 14 ff. Wenig kritisch: *U. Smeddinck*, Der Nudge-Ansatz – eine Möglichkeit, wirksam zu regieren?, ZRP 2014, S. 245 (246).

79 So versteht sie auch *Heinig*, Gibt es eine Ethik des Nudging? (Fn. 78).

80 Im Begriff des Paternalismus schwungt immer die Annahme einer asymmetrischen Konstellation mit, vgl. nur *F. Grunert*, Paternalismus in der politischen Theorie der deutschen Aufklärung, in: *Anderheiden* et al. (Hrsg.), Paternalismus (Fn. 71), S. 9 ff.

81 Der Spiegel 40/2014, S. 28.

82 *Gigerenzer*, Bauchentscheidungen (Fn. 52), mit vielen weiteren Nachweisen; früher bereits *ders.* / *P. M. Todd*, Simple Heuristics that make us Smart, Oxford University Press, New York/Oxford 1999; *H. A. Simon*, Human Nature in Politics: The Dialogue of Psychology with Political Science, American Political Science Review 79 (1985), S. 293 (295 ff.); siehe auch *D. Berreby*, Yes, You're Irrational, and Yes, That's OK, Nautilus: Science Connected, 26.2.2015, abrufbar unter: <http://nautilus.us/issue/21/information/yes-youre-irrational-and-yes-thats-ok>.

mischen Idealvorstellungen fußenden normativen Anspruch ihres Konzepts, der auch insofern Kritik verdient.

D. Was darf der Nudge? – Grundrechtliche Erwägungen

Im Folgenden sollen einige Ansätze zu Rechtmäßigkeitsanforderungen entwickelt werden. Diese beziehen sich ausschließlich auf den Maßstab der Grundrechte. Bei der Grundrechtsprüfung schlägt sich die oben getroffene Unterscheidung zwischen den zwei Aspekten des Nudge-Konzepts nieder, denn der steuerungsorientierte und der rechtspolitische Aspekt lassen sich an unterschiedlichen Stellen verorten.

I. Der steuerungsorientierte Aspekt in der Grundrechtsprüfung

Thaler und *Sunstein* schreiben, dass durch Nudges die „Freiheit des Einzelnen gewahrt“ werde⁸³ und dass sie „niemanden daran hindern (wollen), von seien Freiheitsrechten Gebrauch zu machen“.⁸⁴ *Hans Michael Heinig* siedelt diesen Gedanken offenbar auf Rechtfertigungsebene an: Für ihn stellt *Sunstein* „nicht in Frage, dass ein Nudge sich rechtfertigen muss. (*Sunstein*) meint nur, dass die Rechtfertigung unproblematisch gelingt, wenn die paternalistische Intervention libertär ausgestaltet ist, also die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen gewahrt bleibt“.⁸⁵ Man kann *Thaler* und *Sunstein* aber auch anders lesen: Nach hiesigem Verständnis wollen sie mit dem Nudge ein Steuerungsinstrument konzipiert haben, das, da es die Freiheit des Einzelnen wahrt, in Grundrechte schon nicht eingreift.

Zwar erfüllt ein Nudge die Voraussetzungen des klassischen Eingriffs begriffs tatsächlich niemals. Denn dieser erfasst allein solche Vorgänge, die unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügtes, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot, also imperativ, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führen.⁸⁶ Seit langem anerkannt ist jedoch der sog. moderne Eingriffs begriff, nach dem als Eingriff jedes staatliche Verhalten anzusehen ist, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht oder wesentlich erschwert.⁸⁷ Während zum Teil vertreten wird, dass Nudges hiernach stets zumindest in die allgemeine Handlungsfreiheit eingreifen,⁸⁸ soll im Folgenden argumentiert werden, dass nicht alle Nudges grund-

83 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 14.

84 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 14 f.

85 *Heinig*, Gibt es eine Ethik des Nudging? (Fn. 78).

86 BVerfGE 105, 279 (300).

87 *F.-J. Peine*, Der Grundrechtseingriff, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), HGR III, Heidelberg 2009, § 57 Rn. 31 m.w.N.

88 *v. Aaken*, Constitutional Limits to Paternalistic Nudging in Germany, VerfBlog, 2015/1/07, www.verfassungsblog.de/constitutional-limits-paternalistic-nudging-germany/; im Ergebnis wohl ebenso *Heinig*, Gibt es eine Ethik des Nudging (Fn. 78).

rechtsrelevante Wirkungen haben, sondern eine differenzierte Betrachtung einzelner Nudges erforderlich ist.

1. Standardvorgaben

Betrachtet man, der oben (B.) entwickelten Systematisierung entsprechend, zunächst die Verhaltenssteuerung durch Standardvorgaben, ist festzustellen, dass diese grundsätzlich in zweierlei Hinsicht freiheitsbeschränkend wirken können: Zum einen muss ein Betroffener, der von einer gegebenen Standardvorgabe abweichen möchte, dies aktiv zum Ausdruck bringen; er ist also faktisch zum Handeln gezwungen (a)). Zum anderen kann eine Standardvorgabe auch mit Blick auf das Steuerungsergebnis freiheitsbeschränkend wirken (b)).

a) Eingriff durch faktischen Handlungszwang?

Was zunächst den faktischen Handlungszwang bei unerwünschten Standardvorgaben betrifft, kommt grundsätzlich ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG (ggf. i.V.m. spezielleren Grundrechten) in Betracht. Konkret kann die Auferlegung der Belastung, aus einer unerwünschten Standardvorgabe „herausoptieren“ zu müssen, Eingriffsqualität haben.⁸⁹

Begreift man allerdings mit *Thaler* und *Sunstein* jede Situation, die eintritt, wenn ein Betroffener nichts unternimmt, als Standardvorgabe, liegt es fern, *jede* Standardvorgabe als Eingriff anzusehen. Dem Staat muss die Standardvorgabe vielmehr jedenfalls zuzurechnen sein; es muss sich tatsächlich um eine *Vorgabe* handeln. Dies ist etwa der Fall, wenn eine gesetzliche Regelung den standardmäßigen Beitritt zu einem betrieblichen Altersvorsorgeprogramm (mit der Möglichkeit des aktiven Austritts) vorsieht. Wenn es dagegen schlicht private betriebliche Altersvorsorgeprogramme gibt, an denen der Bürger durch einen aktiven Beitritt freiwillig teilnehmen kann, und der Staat den Beitritt der privatautonomen Entscheidung überlässt, kann man diese „Standardvorgabe“ nicht als Grundrechtseingriff konstruieren. Denn auch der moderne Eingriffsbegriff setzt staatliches Handeln voraus.

Darüber hinaus kann man auch hinsichtlich dem Staat in diesem Sinne zurechenbarer Standardvorgaben bezweifeln, dass diese stets einen Grundrechtseingriff darstellen. Wird etwa nur (deklaratorisch) ein vor- oder außerrechtlicher Zustand festgeschrieben, weil dies notwendig ist, um eine Abweichungsmöglichkeit erst zu eröffnen, könnte dies gegen einen Eingriff sprechen. Veranschaulicht werden soll diese Überlegung am Beispiel der bereits erwähnten Regelungsmöglichkeiten zur Organspende: Mit Blick auf die Widerspruchslösung wird in der Literatur überzeugend vertreten, dass es das „negative Selbstbestimmungsrecht beeinträchtige, wenn von demjenigen, der die Integrität seines Körpers auch nach dem Tod gewahrt wissen will, verlangt

89 Ohne Bezug auf ein konkretes Grundrecht G. *Lübbe-Wolff*, Constitutional Limits to Health-Related Nudging – A Matter of Balancing, VerfBlog, 2015/1/05, www.verfassungsblog.de/constitutional-limits-health-related-nudging-matter-balancing/.

wird, dies ausdrücklich zu erklären“; „die durch die Widerspruchsregelung hervorgerufene Erklärungslast (können) zwangsläufig empfunden werden“.⁹⁰ Fraglich ist, ob man entsprechend auch hinsichtlich der Zustimmungslösung überzeugend argumentieren kann, oder ob es gute Gründe für eine unterschiedliche Wertung gibt. Eine Differenzierung lässt sich jedenfalls nicht damit begründen, dass hinsichtlich der Optierungsbelastung ein Unterschied besteht. Denn durch die Zustimmungslösung wird dem Organspendewilligen die Bürde auferlegt, aktiv einwilligen zu müssen, um Organe zu spenden. Wenn überhaupt, kann man einen Unterschied nur darin sehen, dass § 3 TPG einen quasi vor- oder außerrechtlichen „Normalzustand“ normiert, der sich auch in dem Grundrechtsverständnis niedergeschlagen hat, wonach sich vor allem die Organspende, weniger dagegen die Nicht-Organspende, als grundrechtlich problematisch darstellt. In Bezug auf die Organspende sind diese Erwägungen im Ergebnis irrelevant, da sich die Zustimmungslösung unproblematisch und unstreitig rechtfertigen lässt. Da gerade die Standardvorgaben aber für die Rechtsetzungspraxis attraktiv sein und künftig mehr Verbreitung finden dürften, wird über kurz oder lang Bedarf an einem allgemeingültigen, widerspruchsfreien dogmatischen Ansatz zur Bewertung der Optierungsbelastung entstehen.

b) Eingriff aufgrund des Steuerungsergebnisses?

Mit Blick auf das jeweilige Steuerungsergebnis werfen Standardvorgaben noch ein zweites grundrechtliches Problem auf: Da sie definitionsgemäß greifen, wenn der Betroffene nichts unternimmt, können sie grundrechtsrelevante Wirkungen haben, von denen der Betroffene nichts weiß. Ebenso besteht die Gefahr des Eintritts grundrechtsrelevanter Wirkungen aufgrund der Trägheit des Betroffenen, welche nach *Thaler* und *Sunstein* staatlicherseits ja sogar bewusst ausgenutzt werden soll (siehe oben B. I.). Um wieder das Beispiel der Organspende heranzuziehen, birgt die Widerspruchslösung die Gefahr, dass ein Mensch postmortal Organspender wird, ohne von dieser Folge zu Lebzeiten gewusst zu haben. Ein Eingriff in sein Selbstbestimmungsrecht wäre eindeutig gegeben. Zwar wird vereinzelt vertreten, dass es auch umgekehrt denkbar sei, „dass ein Verstorbener eigentlich einer Organspende positiv gegenüber stand, sich dazu ethisch verpflichtet sieht, es aber versäumt hat, zu Lebzeiten der Organspende zuzustimmen (...). Passivität in diesem Zusammenhang – aus welchen Gründen auch immer – hat also bei beiden Regelungsmöglichkeiten das Risiko, dass der spätere Umgang mit dem Leichnam nicht dem Willen entspricht“.⁹¹ Allerdings wurde die Zustimmungslösung, obwohl sie in Deutschland geltende Rechtslage ist, in Literatur und Rechtsprechung unter diesem Gesichtspunkt soweit ersichtlich sonst nicht diskutiert, was darauf hindeutet, dass sie weitgehend

90 Für die h.M. hier nur *B. Spilker*, Postmortale Organspende auf verfassungsrechtlichem Prüfstand, ZRP 2014, S. 112 (113) m.w.N.; a.a. ohne Begründung *J. Isensee*, Würde des Menschen, in: *D. Merten/H.-J. Papier*, HGR IV, Heidelberg 2011, § 87 Rn. 218.

91 *Spilker*, Postmortale Organspende (Fn. 90), S. 114.

als unproblematisch angesehen wird. *Thalers* und *Sunsteins* Perspektive auf Standardvorgaben als Steuerungsinstrumente sowie die zu erwartende Zunahme von Standardvorgaben in der Praxis legen es nahe, auch über einen einheitlichen Ansatz zur Beurteilung der Wirkungen von Standardvorgaben weiter nachzudenken.

2. Informationsmaßnahmen

Ein neues Licht wirft der steuerungsorientierte Aspekt des Nudge-Konzepts vor allem auf die Frage, inwiefern staatliche Informationstätigkeit in Grundrechte eingreift. Denn unmittelbare staatliche Informationen werden ebenso wie Informationspflichten, die etwa der Nahrungsmittelindustrie auferlegt werden, bisher ganz überwiegend nur im Lichte der Grundrechte derjenigen diskutiert und als Eingriff behandelt, auf die bzw. deren Erzeugnisse sich die Information bezieht.⁹² Der von *Thaler* und *Sunstein* vorgenommene Perspektivwechsel, wonach Informationen die Bürger gezielt in ihrem Verhalten beeinflussen sollen, legt es dagegen nahe, auch die Grundrechte der Informationsempfänger in den Blick zu nehmen.

Zwar ist in der Rechtswissenschaft grundsätzlich anerkannt, dass Information stets Verhaltensänderung bezweckt und bewirkt. Klassischer Weise wird aber argumentiert, ein etwaiger Effekt auf das Verhalten hänge letztlich „auch von der freien Entscheidung der Adressaten“ ab, weshalb ein Eingriff in Grundrechte der Informationsempfänger abzulehnen sei.⁹³ Da *Thaler* und *Sunstein* jedoch auch in Deutschland bisher nicht diskutierte, extremere Maßnahmen diskutieren, ist zu fragen, ob nicht doch irgendwo die Schwelle der Grundrechtserheblichkeit erreicht sein könnte. Im ersten Zugriff erscheint es jedenfalls möglich, freiheitserweiternde und freiheitsbeschränkende Informationsmaßnahmen zu unterscheiden und hinsichtlich letzterer einen Eingriff anzunehmen.⁹⁴ Wo aber könnte die Grenze verlaufen?

a) Überschreiten der Eingriffsschwelle aufgrund eines bestimmten Inhalts der Informationsmaßnahme?

Dass eine verhaltenswissenschaftlich informierte Informationsmaßnahme aufgrund ihres Inhalts (B. III. 1. und 2.) die Schwelle zum Eingriff überschreitet, erscheint kaum möglich. Denn solange Informationen sachlich zutreffend sind (und nur solche Informationen haben *Thaler* und *Sunstein* im Sinn), wird man davon ausgehen müssen, dass ihre Vermittlung die Entscheidungsgrundlage der Betroffenen, wenn überhaupt, erweitert, ggf. sogar eine fundierte freie Entscheidung überhaupt erst ermöglicht. Dies ist zumindest bei solchen Informationen anzunehmen, auf die die Bürger ohne die entsprechende staatliche Maßnahme überhaupt keinen Zugriff hätten. Beispiele

92 Siehe nur *Gusy*, Informationsbeziehungen, in: Hoffmann-Riem et. al. (Hrsg.), GVwR II (Fn. 51), § 23 Rn. 103 ff. m.w.N.

93 *Gusy*, Informationsbeziehungen, in: Hoffmann-Riem et. al. (Hrsg.), GVwR II (Fn. 51), § 23 Rn. 101.

94 v. *Aaken*, Constitutional Limits (Fn. 88), siedelt eine ähnliche Unterscheidung auf Rechtfertigungs-ebene an: Nachdem sie davon ausgeht, dass Nudges stets in Art. 2 Abs. 1 GG eingreifen, nimmt sie an, dass Nudges, die autonomie- bzw. rationalitätsermöglichend wirken, gerechtfertigt sind.

bietet etwa das geltende Lebensmittel- und Produktkennzeichnungsrecht, ohne das der einzelne Verbraucher keine (realistische) Möglichkeit hätte, an für ihn u.U. entscheidungsrelevante Informationen über Inhaltsstoffe oder Produkteigenschaften zu gelangen. Auch beim „Nudging“ durch Hinweise auf ein Mehrheitsverhalten (B. II. 1.) liegt es nahe, die entsprechenden Informationen eher als Freiheitserweiterung, jedenfalls nicht als Einschränkung zu werten. Wenn ein Bürger Steuern zahlt, Energie spart oder den Müll trennt, nachdem er darüber informiert wurde, dass seine Nachbarn dies tun, hängt dieser Effekt in erster Linie von einer eigenen Entscheidung des Bürgers ab. Bei der rechtlichen Bewertung wird man davon ausgehen können (und müssen), dass die Hinweise vom entsprechenden Verhalten überzeugt oder überhaupt erst auf eine bestimmte Verhaltensmöglichkeit aufmerksam gemacht haben.

Schließlich wird man Informationsmaßnahmen, auch wenn es inhaltlich um Informationen geht, die der Einzelne selbst ermitteln könnte, kaum als Freiheitsbeschränkung betrachten können. Jedenfalls solange der Gesetzgeber nicht ausdrücklich etwas anderes erklärt, dürften auch diese vielmehr als Freiheitserweiterung begriffen werden müssen. Zwar wird allein durch die Selektion von Informationen ein Schwerpunkt gesetzt, was steuernd wirken kann. Selektion ist aber unvermeidlich, und anders als aus der Perspektive der Verhaltensökonomie muss man aus rechtswissenschaftlicher Perspektive wohl annehmen, dass der Gesetzgeber als Vertreter der Mehrheit bestimmte Informationen vermittelt, weil diese Mehrheit sie für entscheidungsrelevant halten könnte und weil den adressierten Bürgern beispielsweise der Aufwand der Informationsermittlung abgenommen werden soll. Insofern erscheint es zwingend, die Bestimmung der für entscheidungsrelevant erachteten Informationen dem Gesetzgeber zu überlassen. Nimmt er an, es interessiere die Bürger, wie umweltschonend die Produktionsbedingungen für ein Produkt sind oder wie viele Kalorien ein Lebensmittel enthält, ist nicht ersichtlich, wie ein Gericht oder ein Rechtswissenschaftler feststellen sollte, dass die Bereitstellung der entsprechenden Information in Wahrheit eine Freiheitsbeschränkung bedeutet.

b) Überschreiten der Eingriffsschwelle aufgrund einer bestimmten Art der Informationsvermittlung?

Die Schwelle zum Eingriff dürfte damit allenfalls durch die Art der Informationsvermittlung (B. III. 3.) überschritten werden können. Denkt man bei Produktkennzeichnungspflichten etwa an die in Deutschland nicht vorgeschriebenen, großflächig aufgedruckten Fotos von Raucherlungen auf Zigarettenpackungen oder – die Idee weiterspinnend – an Fotos von Unfalltoten auf Bierflaschen oder Fettleibigen auf Schokolade, könnte man durchaus argumentieren, hier würde den Bürgern durch staatliches Handeln ein Verhalten erschwert. Zugleich lässt sich kaum vertreten, es werde nur die Entscheidungsgrundlage der Bürger erweitert, denn dafür würden dezentrale Hinweise völlig ausreichen. Je krasser die Art der Informationsvermittlung,

desto näher liegt es, irgendwo auch eine grundrechtlich relevante Grenze erreicht zu sehen. Bei der Bestimmung dieser Grenze dürfte es sinnvoll sein, auch auf die Steuerungsabsicht des Gesetzgebers abzustellen, selbst wenn er sie nicht ausdrücklich offen legt. Lässt also etwa eine Kennzeichnung, zu der ein Hersteller verpflichtet wird, nach Art der geforderten Darstellung objektiv die Absicht des Gesetzgebers erkennen, die Bürger von einem bestimmten Verhalten abzuschrecken, spricht dies für einen Eingriff. Geht es dagegen – objektivierbar – darum, den Bürgern durch deutliches Her vorheben bestimmter Informationen (etwa durch ein Siegel oder die sog. Ampel bei Lebensmitteln) in die Lage zu versetzen, ohne viel Aufwand informiertere Entscheidungen zu treffen, liegt die Annahme eines Eingriffs fern. Bei der Bestimmung der Grenze kann auch die folgende Kontrollüberlegung sinnvoll sein: Es wäre widersprüchlich, eine Maßnahmen, die im Lichte der Rechte der zur Informationsbereitstellung verpflichteten Unternehmen betrachtet unproblematisch unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes gerechtfertigt ist, zugleich als Eingriff in die Grundrechte der Verbraucher zu behandeln.

II. Der rechtspolitische Aspekt in der Grundrechtsprüfung

Erwägungen zum rechtspolitischen Aspekt des Nudge-Konzepts sind bei der Grundrechtsprüfung nach hier zugrunde gelegtem Verständnis auf der Rechtfertigungsebene zu verorten, da es beim (Libertären) Paternalismus in erster Linie um die Ziele von Nudges geht (C. II. 1.).⁹⁵ Thaler und Sunstein wollen mit Nudges vor allem erreichen, dass das Leben der Adressaten „länger, gesünder und besser“ wird. Was ein besseres Leben in diesem Sinne ausmacht, bestimmen sie, wie oben ausgeführt, am Maßstab des *homo oeconomicus*-Modells. Allein weil es im Sinne dieses Modells rational ist, nicht zu rauchen, sich kalorienbewusst zu ernähren und für das Alter vorzusorgen, halten sie entsprechendes Verhalten für besser und entsprechende Steuerungsmaßnahmen für legitim. Dass dieser normative Ansatz aus rechtswissenschaftlicher Sicht inakzeptabel ist, wurde oben ebenfalls ausgeführt.

Hieraus folgt jedoch nicht, dass Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, das Rauchen zu reduzieren, Ernährungsgewohnheiten zu beeinflussen oder die Beteiligung an Altersvorsorgeprogrammen zu erhöhen, mit den Grundrechten per se unvereinbar wären. Denn grundsätzlich ist der Gesetzgeber bei der Bestimmung der Zwecke, die er legitimer Weise verfolgen darf, relativ frei.⁹⁶ Zwar besteht ganz überwiegend Einigkeit darüber, dass ein Grundrechtseingriff jedenfalls nicht allein mit dem Zweck gerechtfertigt werden kann, dem (vermeintlichen) Wohl des Betroffenen zu dienen;

95 So auch v. Aaken, Constitutional Limits (Fn. 88).

96 B. Pieroth/B. Schlink/Th. Kindgreen/R. Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 30. Aufl., Heidelberg 2014, Rn. 290; differenzierend: Ch. Degenhart, Grundrechtsschranken und Grundrechtsbeschränkungen, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR III (Fn. 87), § 61 Rn. 73.

vielmehr muss immer ein legitimes Gemeinwohlziel im Vordergrund stehen.⁹⁷ Eine trennscharfe Unterscheidung ist jedoch kaum möglich. So weist *Martin Eifert* in einem Beitrag zum „Nudging“ zu Recht darauf hin, dass, indem etwa Armut ein Recht auf soziale Unterstützung begründe und Krankheit zur Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen berechtige, der moderne Wohlfahrtsstaat individuelle Risiken und Gesichtspunkte sozialer Infrastruktur und sozialer Gerechtigkeit in weiten Teilen miteinander verknüpft habe.⁹⁸

Tatsächlich sind staatliche Maßnahmen, die ganz allein dem (vermeintlichen) Wohl der Betroffenen dienen, kaum denkbar.⁹⁹ So kann man selbst die von *Thaler* und *Sunstein* genannten Beispiele für Nudges durchweg auch Gemeinwohlzielen zuordnen, statt sie mit Blick auf die Lebensqualität der betroffenen Individuen zu rechtfertigen. Es drängt sich sogar die Vermutung auf, dass es selbst *Thaler* und *Sunstein* eigentlich weniger darum geht, das Leben einzelner Individuen zu verbessern. Auch sie scheinen mit Nudges in erster Linie soziale Probleme lösen zu wollen.¹⁰⁰ Sie nehmen, indem sie darauf verzichten, dies offen zu legen, aber offenbar Rücksicht auf das polarisierte politische System in den USA¹⁰¹ und darauf, dass in den USA die Bereitschaft zur Hinnahme individueller Einschränkungen um des Gemeinwohl willens vergleichsweise gering ist.

Ist es nun aber letztlich nur eine Frage der theoretischen Herleitung und im Ergebnis damit unerheblich, ob man einen Grundrechtseingriff mit paternalistischen Erwägungen im Sinne *Thalers* und *Sunsteins* rechtfertigt oder mit „entsprechenden“ Gemeinwohlbelangen? Nein. Denn im erstgenannten Fall wird der Grundrechtsschutz der Betroffenen erheblich verkürzt. Zum einen kann nicht jeder Gemeinwohlbelang Eingriffe in jedes Grundrecht rechtfertigen. Zum anderen umginge man mit der Akzeptanz paternalistischer Ziele als Rechtfertigungsgründe die weitere Verhältnismäßigkeitsprüfung. Legt man stattdessen offen, dass eine Maßnahme in Grundrechte

97 *Ch. Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992, S. 116 ff. m.w.N. (auch zu Ausnahmen, wenn es um den Schutz psychisch Kranker oder Minderjähriger geht, S. 121 ff.); *K. Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, Frankfurt am Main 1997, S. 114 ff. m.w.N. Siehe zum „Harm-Prinzip“: *Mill*, On Liberty (Fn. 73).

98 *M. Eifert*, Nudging as a Matter of Politics, VerfBlog, 2015/1/8, www.verfassungsblog.de/nudging-matter-politics/; siehe auch *H. M. Heinig*, Paternalismus im Sozialstaat, in: Anderheiden u.a. (Hrsg.), Paternalismus (Fn. 71), S. 155 (175 ff.) zum „gemischten Paternalismus“.

99 Hierzu *J.-C. Wolf*, Die liberale Paternalismuskritik von John Stuart Mill, in: Anderheiden u.a. (Hrsg.), Paternalismus (Fn. 71), S. 55 (62).

100 So auch *Eifert*, Nudging (Fn. 98).

101 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 1), S. 27: „Libertärer Paternalismus ist weder links noch rechts, weder demokratisch noch republikanisch.“ *King*, Why not Nudge (Fn. 70), stellt fest, dass es beim „Nudging“ um das „politisch Machbare“ und die Vermeidung des schwierigeren Kampfes um Ge- und Verbote und Steuern geht. Dazu auch *McCrudden*, Nudging (Fn. 70).

eingreift, um einen Gemeinwohlzweck zu verfolgen, wird eine weitere Abwägung erforderlich,¹⁰² die auch zugunsten der Freiheit der Betroffenen ausfallen kann.

E. Fazit

Thaler und Sunstein haben den Nudge als nicht zwangsweise durchsetzbares, „libertäres“ Steuerungsinstrument und zugleich als Mittel einer paternalistischen Politik entwickelt. Während der Nudge-Begriff beide Aspekte untrennbar miteinander verbindet, sollte jedoch deutlich geworden sein, dass es möglich ist, sie auseinander zu halten. Da der paternalistische Aspekt des Nudge-Konzepts in mehrfacher Hinsicht problematisch und im Ergebnis sowohl aus theoretischen als auch aus grundrechtsdogmatischen Erwägungen abzulehnen ist, erscheint die Trennung beider Aspekte und eine vom Nudge-Begriff losgelöste, separate Diskussion sogar geboten. Denn der steuerungsorientierte Aspekt des Konzepts kann für sich genommen die Rechtswissenschaft und -praxis durchaus bereichern.¹⁰³

Die Verhaltenssteuerung durch verhaltenswissenschaftlich informierte staatliche Maßnahmen hat isoliert betrachtet mit Paternalismus nichts zu tun. Nicht nur können solche Maßnahmen, wie gesehen, genau wie andere Steuerungsinstrumente, zur Verfolgung anerkannter Gemeinwohlziele eingesetzt werden. Sie müssen auch nicht insofern paternalistisch sein, als sie eine Abwertung des vorgefundenen Verhaltens implizieren. Denn nur wenn man das Rationalverhalten des *homo-oeconomicus*-Modells für „richtig“ hält, erscheinen verhaltenswissenschaftlich erforschte Verhaltensweisen als falsch oder defizitär.¹⁰⁴ Die Perspektive der Verhaltensökonomie, welche das neoklassische Verhaltensmodell zum Ausgangspunkt nimmt und auf „Abweichungen“ untersucht, legt es nahe, den Menschen als korrekturbedürftige Version des *homo oeconomicus* darzustellen. Verhaltenspsychologen beispielsweise betonen dagegen, wie oben angesprochen, dass die sog. Verhaltensanomalien durchaus einen Sinn haben und sogar „intelligent“ sein können.¹⁰⁵

Aus juristischer Sicht kann man diese unterschiedlichen Wertungen durch Vertreter anderer Fachbereiche zwar zur Kenntnis nehmen. Im Ergebnis sollte die interdisziplinäre Öffnung aber dort ihre Grenze finden, wo Wertungen in die juristische Verarbeitung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse übernommen zu werden drohen. Die Rezeption der verhaltenswissenschaftlichen Forschung durch die Rechtspraxis und durch eine Rechtswissenschaft, die sich für die tatsächlichen Wirkungen von Recht und daher auch für menschliches Verhalten interessiert, ist (nur) sinnvoll,

102 Zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Bezug auf Nudges mit gesundheitspolitischer Zielsetzung Lübbe-Wolff, Constitutional Limits (Fn. 89); siehe auch Eifert, Nudging (Fn. 98).

103 In diese Richtung bereits Schuppert, Zwischen Freiheit, in: Schliesky et. al. (Hrsg.), FS Schmidt-Jortzig (Fn. 51), S. 291 (301 ff.).

104 So auch D. Berreby, Yes, You're Irrational (Fn. 82).

105 Siehe oben C. II. 2 mit Nachweisen in Fn 82.

soweit die verhaltenswissenschaftliche Forschung losgelöst von normativen Wertungen als Versuch der Beschreibung der Wirklichkeit, d.h. als deskriptiv, begriffen werden kann und begriffen wird.¹⁰⁶ Nimmt man dann an, dass der Mensch sich typischer Weise je nach Ausgangssituation unterschiedlich entscheidet, dass er Entscheidungen vom Verhalten Dritter abhängig macht und dass für ihn die Art und Weise der Informationsvermittlung relevant ist, können diese Annahmen ebenso neutral verarbeitet werden wie die Annahme, dass der Mensch sich in seinem Verhalten durch ein Ge- oder Verbot, durch einen Steuernachteil oder durch eine Subvention beeinflussen lässt.

Unproblematisch ist die Verarbeitung verhaltenswissenschaftlicher Forschung im rechtlichen Kontext gleichwohl nicht. Vor allem bei der normativen Bewertung konkreter verhaltenswissenschaftlicher Maßnahmen etwa am Maßstab der Grundrechte kann es entscheidend sein, ob die jeweils zugrunde gelegten Forschungsergebnisse der Verhaltenswissenschaften *tatsächlich als feststehend*, also als eine zutreffende Wirklichkeitsbeschreibung, begriffen werden können. Insbesondere wenn der Gesetzgeber keine Steuerungsabsicht offenlegt, kann man beispielsweise die Frage eines etwaigen Eingriffs durch eine verhaltenswissenschaftlich informierte staatliche Maßnahme nur sinnvoll diskutieren, wenn man die tatsächliche Wirkung der Maßnahme kennt oder zumindest einschätzen kann. Problematisch erscheint es daher, dass die Forschungsergebnisse zum Großteil im Rahmen von Laborexperimenten gewonnen wurden, so dass fraglich ist, ob und inwieweit sie auf reale Situationen übertragen werden können.¹⁰⁷ Das britische „Behavioural Insights Team“ geht darum davon aus, dass jede verhaltenswissenschaftlich informierte Maßnahme in einer randomisierten kontrollierten Studie getestet werden muss.¹⁰⁸ Doch diese Methode ist für Juristen ungewohnt, und ein „Herumexperimentieren“ mit rechtserheblichen Maßnahmen erscheint (gleichheits-)rechtlich auch problematisch. *Christoph Engel* weist zurecht außerdem darauf hin, dass bei der juristischen Rezeption verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse ganz allgemein Vorsicht geboten sei, weil diese Disziplin, wie alle mit der Wirklichkeit befassten Wissenschaften, „einen Teil der Wirklichkeit ausblenden (müssen), um andere Teile des beobachteten Phänomens sehen zu kön-

106 Vgl. *J. Rachlinsky/F. Jourden*, The Uncertain Psychological Case for Paternalism, *Northwestern University Law Review* 97 (2003), S. 1165 (1207): „The chief lesson of behavioural decisicion theorie is not that people make bad choices but that they do not rely on rule-based systems, such as deductive logic or expected utility theory in making decisions.“ Siehe auch *Engel*, Verhaltenswissenschaftliche Analyse, in: ders. et. al. (Hrsg.), Recht und Verhalten (Fn. 20), S. 363 (387).

107 Dazu *H.-B. Schäfer/C. Ott*, Homo Oeconomicus, Verhaltensökonomik und liberaler Paternalismus, in: V. Mehde/U. Ramsauer/M. Seckelmann (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information – Festschrift für Hans Peter Bull, Berlin 2011, S. 301 (308 ff.); N. *Petersen/E. V. Towfigh*, Ökonomik in der Rechtswissenschaft, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.) Ökonomische Methoden (Fn. 13), S. 1 (19 f.); siehe auch *Engel*, Nudging and Uncertainty (Fn. 50). Siehe zu darüber hinausgehender Kritik auch die Nachweise in Fn. 52.

108 *Service et. al.*, EAST (Fn. 30), S. 7.

nen“.¹⁰⁹ Er mahnt zur „Einsicht in die Unausweichlichkeit der Konstruktion von Wirklichkeit (...), weil sie der Beschränkung auf Beschreibung und Analyse ihre Unschuld nimmt“.¹¹⁰

Auch wenn jedoch die Herausforderungen groß sind, sollte die Rechtswissenschaft diese annehmen. Schon weil die Bundesregierung mit dem Ziel einer „besseren Rechtsetzung“ in Zukunft verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse bei politischen Vorhaben einbeziehen will und die praktische Bedeutung entsprechender Maßnahmen zweifellos steigen wird, sollte die allgemeine Verwaltungsrechtswissenschaft dieses Feld nicht ignorieren, sondern sich an der Diskussion auch mit Vertretern des Ansatzes der „Behavioral Law and Economics“ verstärkt beteiligen – und so daran mitwirken, dass die Rechtsetzung zumindest nicht schlechter wird.

109 Engel, Verhaltenswissenschaftliche Analyse, in: ders. et. al. (Hrsg.), Recht und Verhalten (Fn. 20), S. 363 (387).

110 Engel, Verhaltenswissenschaftliche Analyse, in: ders. et. al. (Hrsg.), Recht und Verhalten (Fn. 20), S. 363 (388).