Nachhaltigkeit zwischen Eigennutz und Gemeinwohl

Dr. Christopher Rennig[*]

A. Einleitung

Ist Ihnen bewusst, dass aus einer Retourensendung ein geschätzter CO_2-Ausstoß von 850 Gramm resultiert?[1] Und dass dies bei jährlich 280 Millionen Retouren allein in Deutschland einen Ausstoß von ca. 238.000 Tonnen CO_2 – und damit ca. 15 % der jährlichen Emissionen einer Nation wie Malta[2] – bedeutet?[3] Jetzt, da Sie über diese Informationen verfügen: Kann dies Ihr Verhalten dahingehend beeinflussen, dass Sie bei der nächsten Online-Bestellung eine Auswahl treffen, die eine Rücksendung zumindest unwahrscheinlicher macht? Diese Frage steht exemplarisch für den in diesem Beitrag zu behandelnden übergreifenden Gedanken: Darf und kann das Privatrecht – und hier insb. das Vertragsrecht – solche „Anstupser" für nachhaltiges Verhalten enthalten? Stellvertretend hierfür steht der von dem Wirtschaftswissenschaftler *Richard H. Thaler* und dem Rechtswissenschaftler *Cass R. Sunstein* im Jahr 2009 geprägte und seitdem genutzte Begriff des Nudging.[4]

Der Untersuchung, ob sich das Privatrecht für ein Nachhaltigkeits-Nudging eignet, soll aber vorausgeschickt werden, dass die hier behandelten Fragen sicherlich nicht das Kerngebiet der Nachhaltigkeitsdiskussion im Privatrecht betreffen. Vielmehr sind die hier angestellten Überlegungen

---

* *Christopher Rennig* ist Postdoktorand und Habilitand an der Phillips-Universität Marburg. Seit Oktober 2020 ist er zudem Schriftleiter der Recht Digital (RDi).

1 *B. Asdecker*, CO2-Bilanz einer Retoure – Definition, <http://www.retourenforschung.de/definition_co2-bilanz-einer-retoure.html> (08.09.2022).

2 Die CO_2-Emissionen von Malta beliefen sich im Jahr 2020 auf ca. 1,59 Mio. Tonnen, <https://ourworldindata.org/co2/country/malta> (24.09.2022).

3 *Asdecker* (Fn. 1); vgl. auch *I. Bach/E.-M. Kieninger*, Ökologische Analyse des Zivilrechts, JZ 2021, 1088 (1096).

4 *R. H. Thaler/C. R. Sunstein*, Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness, New Haven/London 2009. Das Buch ist im Jahr 2021 überarbeitet worden und unter dem Titel „Nudge: The Final Edition" (Penguin Books) erschienen. Auf diese Version beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – die Nachweise in diesem Beitrag.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als mögliches kleines Puzzleteil eines auf Nachhaltigkeit bedachten Privatrechts zu verstehen. Zudem wird bewusst auf eine vertiefte Diskussion der (privat-)rechtlichen Dimension des Nachhaltigkeitsbegriffs verzichtet. Im Wesentlichen konzentriert sich der Beitrag im Folgenden auf Belange der Nachhaltigkeit im engeren Sinne, wonach die ökologische Komponente den Kern des Nachhaltigkeitsbegriffs bildet und mit sozialen und ökonomischen Belangen im Rahmen des sog. Drei-Säulen-Modells[5] auf eine Art in Ausgleich zu bringen sind, dass die Grenzen der Erhaltung natürlicher Lebensgrundlagen („planetary boundaries") beachtet werden.[6] Bestandteil eines solchen Verständnisses des Nachhaltigkeitsbegriffs sind damit jedenfalls „ein sparsamer Umgang mit nicht erneuerbaren Ressourcen bzw. ein zwischen Regenerations- und Abbaurate ausgeglichener Verbrauch erneuerbarer Ressourcen, die Erhaltung von Biodiversität und Schonung sensibler Ökosysteme insb. durch Vermeidung stark umweltbelastender Eingriffe in die Natur, also z.B. Reduzierung schädlicher Abfälle oder Verringerung von Treibhausgasemissionen zur Begrenzung der anthropogenen Erderwärmung und des damit verbundenen Klimawandels".[7]

B. Nudging im Kontext von behavioral economics and law

Die Idee einer Verhaltenssteuerung durch Recht findet ihren Ausgangspunkt in verhaltensökonomischen Beobachtungen, die zu einer Analyse der Auswirkungen rechtlicher Regeln auf das Verhalten Einzelner geführt haben. Dort ist die Idee eines Nudging insb. Ausfluss einer Entwicklung, die sich seit Beginn einer verstärkten Hinwendung zu einer rechtsökonomischen Analyse des Rechts vollzogen hat. Vertreter der klassischen Rechtsökonomie legten ihren Überlegungen mit dem *homo oeconomicus* dabei

5 Nach dem Drei-Säulen-Modell sind soziale, ökonomische und ökologische Belange unter gleichmäßiger Berücksichtigung in einen Ausgleich zu bringen, vgl. *K. Gehne*, Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip, Tübingen 2011, S. 91; ähnlich *G. Beaucamp*, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, Tübingen 2002, S. 20; aufgrund der fehlenden Berücksichtigung räumlicher und zeitlicher Perspektiven kritisch *A.-C. Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, Tübingen 2022, S. 28 ff.

6 *Mittwoch*, Nachhaltigkeit (Fn. 5), S. 38 f.; in diese Richtung auch im Sinne einer „Nachhaltigkeit im engeren Sinne", allerdings unter stärkerer Betonung der ökologischen gegenüber der sozialen und ökologischen Komponenten *A. Hellgardt/V. Jouannaud*, Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht, AcP 222 (2022), 163 (168 m.w.N.); vgl. auch *J. E. Schirmer*, Nachhaltigkeit in den Privatrechten Europas, ZEuP 2021, 35 (38 f.).

7 *Hellgardt/Jouannaud*, Nachhaltigkeitsziele (Fn. 6), 163 (169).

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zunächst noch das Modell eines Menschen zugrunde, der auf Grundlage vollständiger Information (Rationalitätstheorem) am eigenen Nutzen orientierte Entscheidungen trifft (Eigennutztheorem);[8] mit anderen Worten einen Menschen, der alles weiß und dieses Wissen für seine Zwecke ausnutzt. Während teilweise vertreten wurde, dass sich dieser eigene Nutzen stets in einem Geldwert ausdrücken lassen muss,[9] herrscht heute die Ansicht vor, dass der eigene Nutzen sich ebenso gut in einer anderen Größe ausdrücken lassen kann (z.B. im Erwerb eines guten Rufs bzw. der Vermeidung eines schlechten Rufs) und dabei nicht ausschließlich egoistische, sondern auch altruistische Motive verfolgt werden können.[10] Verstanden werden kann das Eigennutztheorem der klassischen Rechtsökonomie also dahin, dass sich der *homo oeconomicus* gemäß seinen Präferenzen verhält und dabei für sich selbst beurteilt, was in diesem Sinne „gut" ist; eine von objektiven Wertungen geprägte moralische Dimension kommt dem nicht zu.[11] Gleichzeitig sieht man schon hieran, dass der *homo oeconomicus* zwar ein idealtypisches Modell darstellt, welches an bestimmten Rahmenbedingungen anknüpft, die auf dieser Grundlage getroffene Entscheidung jedoch zusätzlich von Parametern abhängt, die von Individuum zu Individuum unterschiedlich sein können.

Ohnehin sind die Grundannahmen, die dem Modell des *homo oeconomicus* zugrunde liegen, allenfalls theoretischer Natur: Weder verfügen Menschen stets über eine vollständige Informationsgrundlage, noch verfolgen sie mit ihrem Handeln ausschließlich den eigenen Nutzen. In diesem Zusammenhang identifizieren *Jolls*, *Sunstein* und *Thaler* drei Abweichungen, die „reale Menschen" von dem unter Laborbedingungen hergestellten Modell von einem *homo oeconomicus* aufweisen, namentlich bezüglich ihrer Rationalität (*bounded rationality*), ihrer Willensstärke (*bounded willpower*) sowie ihres Eigeninteresses (*bounded self-interest*).[12]

---

8 Zum *homo oeconomicus* und den diesem zugeschriebenen Eigenschaften vgl. statt vieler *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, Tübingen 2017, S. 29 ff.

9 Bspw. *R. A. Posner*, Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, Journal of Legal Studies 8 (1979), S. 103 ff.

10 *E. V. Towfigh*, Das ökonomische Paradigma, in: E. V. Towfigh/N. Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., Tübingen 2017, Rn. 70.

11 *Towfigh*, Paradigma (Fn. 10), Rn. 69.

12 *C. R. Sunstein/C. Jolls/R. H. Thaler*, A Behavioral Approach to Law and Economics, 50 Stanford Law Review 1998, 1471 (1476 ff.); vgl. hierzu auch *M. Englerth/E. V. Towfigh*, Verhaltensökonomik, in: E. V. Towfigh/N. Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., Tübingen 2017, Rn. 493 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gerade an solchen Abweichungen zwischen dem Modell des *homo oeconomicus* und der Lebenswirklichkeit setzt nun die Idee des Nudging an: *Thaler* und *Sunstein* bezeichnen als Nudge „jeden Aspekt der Entscheidungsarchitektur, der das Verhalten der Menschen auf vorhersehbare Weise verändert, ohne Optionen zu verbieten oder ihre wirtschaftlichen Anreize wesentlich zu verändern."[13] Weder Ge- und Verbote noch ökonomische Anreize (z.B. in Gestalt von Steuern und Subventionen) erfüllen diese Prämissen und können deshalb nicht als Nudge bezeichnet werden.[14] Da durch Nudging letztlich die menschlichen Beschränkungen rationalen Verhaltens durch geeignete Instrumente ausgeglichen werden sollen, wird teilweise die Ansicht geäußert, der *homo oeconomicus*, der diesen Beschränkungen gerade nicht unterliegt, werde als Idealvorstellung suggeriert, die es zu erreichen gelte.[15] Das führt aber zu Folgeproblemen: Zunächst muss insb. der Begriff der Rationalität bis zu einem Grad umschrieben werden, der eine Identifizierung irrationalen Verhaltens ermöglicht, um in der Folge geeignete Instrumente modellieren zu können. Im Detail enthält diese Umschreibung allerdings kaum auflösbare Abgrenzungsschwierigkeiten: Der Begriff der Rationalitätsbeschränkung, der im allgemeinen Sprachgebrauch mit einer negativen Konnotation verbunden ist, umfasst nämlich auch solche Verhaltensweisen, die – je nach Betrachter – als positiv beurteilt werden können. Zum Beispiel zeigen verhaltenswissenschaftliche Experimente, dass Menschen unter Verzicht auf eigene Vorteile durchaus altruistische Motive verfolgen können, die im Kontext der traditionellen Rechtsökonomie wohl nicht als rational im Sinne des Eigennutztheorems bezeichnet werden würden.[16] Zugleich steht es für den *homo oeconomicus* nicht außer Frage, sich nach außen hin altruistisch zu verhalten, wenn damit zumindest

13 Übersetzt aus dem Englischen nach *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 4), S. 8.

14 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 4), S. 8.

15 *J. Wolff*, Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein aus rechtswissenschaftlicher Sicht, RW 2015, 194 (211).

16 Ein Beispiel für ein solches Experiment ist das sog. Ultimatum-Spiel, in dessen Rahmen ein Spieler oder eine Spielerin entscheiden kann, welchen Geldbetrag er oder sie selbst und ihre Mitspieler erhalten, wenn die Mitspieler der vorgenommenen Aufteilung zustimmen, vgl. *V. Liberman/S. M. Samuels/L. Ross*, The Name of the Game: Predictive Power of Reputations Versus Situational Labels in Determining Prisoner's Dilemma Game Moves, 30 Personality and Social Psychology Bulletin 2004, 1175. Eine Fortentwicklung des Ultimatum-Spiels ist das sog. Diktator-Spiel, in dessen Rahmen der Spieler oder die Spielerin abschließend über die Verteilung des Geldbetrags entscheidet, vgl. *Englerth/Towfigh*, Verhaltensökonomik (Fn. 12), Rn. 497.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

innerlich ein eigenes Interesse verfolgt wird. Wo hier die Grenzlinien verlaufen, wird kaum sicher festzustellen sein. *Eidenmüller* hat deshalb schon 2011 angemerkt, dass die Gründe, die *Thaler* und *Sunstein* für einen mit dem Nudging-Ansatz verfolgten liberalen Paternalismus (vgl. dazu noch unten, IV. B.) anführen – namentlich die Ermöglichung eines längeren, gesünderen und besseren Lebens[17] – „naive bzw. triviale Zielvorstellungen [sind], die nicht ansatzweise für eine ausgearbeitete normative rechtspolitische Konzeption gelten können."[18]

Daraus lässt sich allerdings nicht folgern, dass der Nudging-Ansatz gänzlich ungeeignet wäre, um eine rechtlich vermittelte Verhaltensbeeinflussung zu bewirken. Es bedarf allerdings einer genauen Zielvorstellung, die in hinreichendem Maße genau formuliert wird. In dem hier interessierenden Zusammenhang ist es deshalb zwingend erforderlich, den Nachhaltigkeitsbegriff aus rechtlicher Perspektive so genau wie möglich zu umreißen; entsprechende Versuche werden – wie oben dargestellt (I.) – bereits unternommen.[19]

C. Fliesenlegerfall 2.0 als gedanklicher Ausgangspunkt

Um die Genese und die Zielsetzung der Forschungsfrage zu veranschaulichen, soll im Folgenden das Pferd gewissermaßen von hinten aufgezäumt werden. Dazu wird eine spezifische Konstellation aufgezeigt, in der ein nachhaltiges Ergebnis mit einem im Vertragsrecht verortbaren Nudge erreicht werden könnte, um dadurch einen Ausgleich zwischen Eigennutz und Gemeinwohl zu fördern. Die Idee, insb. das Vertragsrecht als Vehikel für Anreize für nachhaltiges Verhalten zu nutzen, findet dabei ihren gedanklichen Ausgangspunkt in Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) aus den Jahren 2018, 2020 und 2021. Diese weisen auf den ersten Blick mit Belangen der Nachhaltigkeit keinerlei Berührungspunkte auf, sondern betreffen die Frage der Ersatzfähigkeit fiktiver Mängelbeseitigungskosten. Zum Hintergrund: Von 2018 bis 2021 herrschte am BGH zwischen dem für das Kaufrecht zuständigen V. und dem für das Werkrecht zuständigen VII. Zivilsenat Uneinigkeit über diese Methode der Berechnung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung. Stellte es noch

17 Vgl. dazu noch unten, IV. C. 1.
18 *H. Eidenmüller*, Liberaler Paternalismus, JZ 2011, 814 (820).
19 Vgl. dazu auch die Nachweise bei Fn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bis 2018 gefestigte Rechtsprechung sowohl für das Werk- als auch das Kaufrecht dar, dass fiktive Mängelbeseitigungskosten ersatzfähig seien, änderte der VII. Zivilsenat diese Rechtsprechung (nur) für den Werkvertrag mit Urteil vom 22.2.2018.[20] Darauf folgte ein Austausch von Standpunkten zwischen den Senaten,[21] in dem letzterer die Ansicht vertrat, dass eine solche Rechtsprechungsänderung – die er inhaltlich nicht mitzutragen bereit war – für das Kauf- und Werkrecht nur einheitlich möglich sei.[22] Die teilweise lehrbuchartig ausformulierten Entscheidungen der beiden Senate enthalten nun – unbeabsichtigt – Passagen, die auch hinsichtlich der Nachhaltigkeit des Verhaltens der an Kauf- oder Werkverträgen beteiligten Parteien von Interesse sind. In besonderem Maße gilt dies für einen durch die Gerichtspraxis inspirierten Beispielsfall, den der VII. Zivilsenat in seinem Beschluss vom 8.10.2020 gebildet hat, um die Erforderlichkeit einer Rechtsprechungsänderung zu illustrieren:[23]

> „Der Besteller hat den Unternehmer beauftragt, den Boden im Erdgeschoss seines Einfamilienhauses mit weißen Natursteinplatten zu fliesen. Der vereinbarte Preis beträgt 40.000€. Tatsächlich werden hellgraue Natursteinplatten verlegt. Der Austausch würde etwa 60.000€ netto kosten, da die Einbauküche wieder abgebaut, die Möbel ausgelagert, die verlegten Platten entfernt, die neuen Platten verlegt und die Familie vorübergehend in einem Hotel untergebracht werden muss. Der Unternehmer hat die Nacherfüllung nicht innerhalb der gesetzten Frist durchgeführt."

Auf Grundlage dieses Fallbeispiels arbeitet der Senat nun heraus, dass ein Werkbesteller gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB einen Anspruch auf Nacherfüllung hat und bei deren Ausbleiben Vorschuss oder Kostenerstattung gem. §§ 634 Nr. 2, 637 BGB verlangen kann.[24] Ein Blick auf die gesetzlichen Vorgaben zeigt, dass die erfolgreiche Geltendmachung des Anspruchs auf die Zahlung eines Vorschusses oder die Kostenerstattung entscheidend davon abhängt, dass der Besteller gegenüber dem Unternehmer zunächst den Anspruch auf Nacherfüllung geltend gemacht hat, den dieser nicht

20 BGHZ 218, 1.
21 BeckRS 2020, 29059; BGHZ 229, 115; vgl. zum Ganzen *T. Riehm*, Fiktive Mängelbeseitigungskosten auf dem Weg zum Großen Zivilsenat, NJW 2021, 27; *D. Looschelders*, Fiktive Mängelbeseitigungskosten – Absage der Vorlage an den Großen Zivilsenat, NJW 2021, 1501.
22 Vgl. dazu insb. BGHZ 229, 115.
23 BeckRS 2020, 29059, Rn. 42.
24 BeckRS 2020, 29059, Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

innerhalb einer angemessenen Frist erfüllt hat. Für die dem Werkrecht eigene Selbstvornahme ergibt sich dies aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 2 S. 1 BGB. Dasselbe gilt für einen Rücktritt (§§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 323 BGB) eine Minderung (§§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638, 323 BGB) sowie einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 1 S. 1 BGB). Auch im Kaufrecht ist der Ablauf einer angemessenen Frist, die der Käufer dem Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung setzt, im Grundsatz notwendige Voraussetzung für Gestaltungsrechte wie Rücktritt (§§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 BGB) und Minderung (§§ 437 Nr. 2 Alt. 2, 441, 323 BGB) sowie den Sekundäranspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB). Abgesichert wird durch das Fristsetzungserfordernis jeweils das dem Verkäufer oder dem Unternehmer grundsätzlich zustehende „Recht zur zweiten Andienung".[25]

In dem durch den VII. Zivilsenat gebildeten Beispielsfall stellt es sich bei näherem Hinsehen aber nicht als besonders nachhaltig dar, dem Unternehmer ein „Recht zur zweiten Andienung" zu gewähren. Eine Nacherfüllung kann hier nämlich nur in Gestalt der Neuherstellung des Werks erfolgen, da eine nachträgliche Änderung der Fliesenfarbe nur auf diese Weise möglich ist; die Beseitigung des Mangels[26] durch eine Nachbesserung ist tatsächlich unmöglich. Dies steht im Widerspruch zu dem oben zugrunde gelegten Verständnis von Nachhaltigkeit: Die Entfernung voll funktionsfähiger, im rechtlichen Sinne aber mangelhaften Natursteinplatten führt mit großer Wahrscheinlichkeit zu deren Zerstörung; ein sparsamer Umgang mit nicht erneuerbaren Ressourcen ist dies nicht. Das vor diesem Hintergrund nachhaltige Ergebnis – namentlich der Verzicht auf die Nacherfüllung zugunsten eines Verbleibs der fälschlicherweise verlegten hellgrauen Natursteinplatten – lässt sich allerdings nur dadurch erreichen, dass der Besteller auf die Geltendmachung seines Nacherfüllungsanspruchs verzichtet. Hierdurch beraubt er sich aufgrund des grundsätzlichen Erfordernisses einer Fristsetzung allerdings zugleich der Möglichkeit, alternative Ersatzansprüche geltend zu machen. Ein (Geld-)Ausgleich für die mangelhafte Leis-

25 Vgl. für das Kaufrecht *S. Lorenz*, Nacherfüllung und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung", NJW 2006, 1175 (1176); für das Werkrecht *J. Busche*, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2023, § 634 Rn. 75 f.

26 Mangelhaft sind die verlegten Natursteinplatten aufgrund der Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit, § 633 Abs. 2 S. 1 BGB.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tungserbringung lässt sich allenfalls außerrechtlich erreichen,[27] z.B. durch eine separate Vereinbarung zwischen Besteller und Unternehmer über den Verzicht auf die Nacherfüllung gegen die Zahlung eines Geldbetrags.

Betrachtet man den Besteller nun als einen *homo oeconomicus* in Reinform, so kann man für diesen, wie oben dargestellt, zwei Annahmen formulieren: Er kennt sämtliche Entscheidungsoptionen, die er nach deren Nutzen für sich selbst beurteilt, und er wählt schließlich stets die Option, die ihm den höheren Nutzen verschafft.[28] Geht man von einem nach diesen Grundbedingungen handelnden Besteller aus, so liegt der Schluss nahe, dass die Durchsetzung des Anspruchs auf Nacherfüllung durch diesen als für ihn nützlichste Alternative erkannt und durchgesetzt wird: Dadurch besteht zum einen die Möglichkeit, dass der Besteller die ursprünglich versprochene Leistung – namentlich die weißen Natursteinplatten – doch noch erhält; zum anderen kann er ausschließlich dadurch die Voraussetzungen für auf Geldzahlung gerichtete Sekundäransprüche schaffen.

Diese Annahmen der klassischen Rechtsökonomie gelten allerdings, wie bereits dargestellt, als überholt. Es besteht also Hoffnung, dass Ansatzpunkte zu finden sind, die dem Besteller das nachhaltige Verhalten „schmackhaft" machen. Wie könnte nun aber in dem durch den VII. Zivilsenat gebildeten Fall das Vertragsrecht einen Nudge dafür bieten, der die Erreichung des nachhaltigen Ergebnisses innerhalb des Rechts ermöglicht, ohne dass sich der Verzicht auf die Nacherfüllung für den Besteller als vollkommener Verzicht auf den eigenen Nutzen darstellt? Eine der wesentlichen Herausforderungen hierbei ist erstens der zielgenaue Zuschnitt eines Nudges gerade auf solche Situationen, in denen tatsächlich Nachhaltigkeitsbelange betroffen sind, zweitens die Verhinderung einer Ausnutzung als Vorwand für andere Zwecke. So ließe sich in der vorliegenden Situation z.B. überlegen, durch eine Ergänzung des § 323 Abs. 2 BGB um Konstellationen mit näher zu definierendem Nachhaltigkeitsbezug die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung anzuordnen und dem Besteller so direkten Zugang zu Geldersatzansprüchen zu ermöglichen. Damit verbunden wären aber zwei Ergebnisse, die nicht wünschenswert sind: Entweder erwüchse dem Besteller

27 Abgesehen von dem auch hier bestehenden Erfordernis einer Fristsetzung ist insb. das Minderungsrecht nicht geeignet, einen solchen Geldausgleich rechtlich zu ermöglichen, da im Rahmen der Berechnung des Minderungsbetrags nach § 441 Abs. 3 BGB der objektive Wert der Kaufsache zugrunde gelegt wird und insb. ein Affektionsinteresse des Käufers nicht berücksichtigt wird, vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 235; *K. Stöber,* in: W. Ball (Hrsg.), BeckOGK zum BGB (Stand: 1.8.2022), § 441 Rn. 63 m.w.N.

28 Vgl. *Towfigh*, Paradigma (Fn. 10), Rn. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hieraus keinerlei Vorteil, wenn – wie der VII. Zivilsenat dies tut – die Berechnung eines Ersatzanspruchs anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten abgelehnt wird und zugleich kein Wertunterschied zwischen weißen und hellgrauen Natursteinplatten i.S.d. Differenzhypothese feststellbar ist. Oder eine solche Regelung öffnet der Umgehung des „Rechts der zweiten Andienung" Tür und Tor, wenn eine Berechnung des Ersatzanspruchs nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten als zulässig erachtet wird und Nachhaltigkeitsgesichtspunkte nur vorgeschoben werden.

Denkbar ist stattdessen die Konzeption einer auf solche Situationen zugeschnittenen Anspruchsgrundlage, die z.B. als § 635a BGB gesetzlichen Niederschlag finden könnte. Vorstellbar ist hierfür bspw. folgender Wortlaut:

> „Ist die Nacherfüllung nur in Gestalt der Neuherstellung eines neuen Werkes möglich und führt dies zwangsläufig zur Zerstörung des mangelhaften Werks, so kann der Besteller von dem Unternehmer anstelle der Nacherfüllung Kostenersatz in Höhe der Hälfte der für die Neuherstellung erforderlichen Kosten verlangen."

Ein solcher Anspruch verbindet – zumindest in der Theorie – gleich mehrere Vorteile: Zunächst wird, sollte der Besteller den Anspruch geltend machen, die Zerstörung des mangelhaften Werks verhindert; das ist nachhaltig im Sinne des hier zugrunde gelegten Begriffsverständnisses. Hierfür erhält der Besteller einen monetären Ausgleich, der einerseits einen Anreiz dafür bietet, das mangelhafte Werk zu behalten, andererseits aber so bemessen ist, dass eine Überkompensation zumindest beschränkt bleibt.[29] Zugleich wird mit der Formulierung eines solchen Anspruchs ausdrücklich keine Beschränkung der Rechtsposition des Bestellers verbunden, denn er kann ohne Weiteres weiterhin auf der Nacherfüllung und damit den Austausch der hellgrauen gegen die weißen Natursteinplatten bestehen und durch eine Fristsetzung die Durchsetzung von Sekundäransprüchen vorbereiten.[30] Die Beibehaltung des *status quo*, den Menschen ohnehin übermäßig bevorzu-

29 Welcher Prozentsatz der Neuherstellungskosten über einen solchen Anspruch verlangt werden können, wäre notwendiger Gegenstand weiterer Überlegungen. Je höher der Prozentsatz gewählt ist, desto höher wird einerseits der Anreiz, das mangelhafte Werk zu behalten, andererseits aber auch die Gefahr einer Überkompensation.

30 Ob man das Verhältnis zwischen einem solchen Anspruch und dem Anspruch auf Nacherfüllung als Wahlschuld i.S.d. §§ 262 ff. BGB oder als elektive Konkurrenz ausgestaltet, stellt dabei eine weitere Detailfrage dar, die noch zu klären wäre.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen (sog. *status quo bias*[31]), wird jedoch zumindest attraktiver gemacht. Besonders charmant erscheint zudem, dass die Geltendmachung des Anspruchs für den Unternehmer ebenfalls Vorteile bereithält, denn im Gegensatz zu der Neuherstellung des Werks ist die Zahlung eines Betrags, der zwangsläufig unter dem zur Neuherstellung notwendigen Betrag bleibt, ebenfalls erstrebenswert.

D. Nudging, Nachhaltigkeit und Vertragsrecht

Aus dieser beispielhaften Konzeption eines Nudges im Vertragsrecht lässt sich nun also die übergreifende Frage entwickeln, ob das Vertragsrecht als zentraler Teil des Privatrechts ein geeignetes Vehikel dafür darstellt, Anreize für nachhaltiges Verhalten der Vertragsparteien zu setzen. Dieser Frage spürt dieser Beitrag nun nach, indem er entscheidende Begriffe zunächst jeweils in Zweierpaaren in eine Beziehung zueinander setzt: Dazu gehört ein kurzer Überblick über den Diskurs zu Privatrecht und Nachhaltigkeit, um insb. den hier verfolgten Ansatz dort einzuordnen (I.). Im Anschluss wird das Verhältnis von Privatrecht und Nudging-Konzept beleuchtet (II.), bevor zuletzt die Beziehung des Nudging-Konzepts zu Nachhaltigkeitsbelangen behandelt wird (III.). Die dort gewonnen Erkenntnisse münden schließlich in einer finalen Zusammenführung, in der zunächst allgemeine Überlegungen zu einem Einsatz des Vertragsrechts zum Zwecke des Nudging der Vertragsparteien hin zu nachhaltigem Verhalten beurteilt wird, bevor erste Anwendungsbeispiele entwickelt und bewertet werden (IV.).

I. Privatrecht und Nachhaltigkeit

Im privatrechtlichen Schrifttum findet sich eine Vielzahl von Beiträgen dazu, wie sich Belange der Nachhaltigkeit in dieses Rechtsgebiet einfügen.[32] Eine ausführliche Darstellung sämtlicher Überlegungen an dieser Stelle erscheint allerdings nicht zielführend; stattdessen soll lediglich eine Einord-

31 Vgl. hierzu *Englerth/Towfigh*, Verhaltensökonomik (Fn. 12), Rn. 532 sowie die Nachweise bei *Wolff*, Nudge-Konzept (Fn. 15), 194 (199, insb. Fn. 24).

32 Vgl. statt vieler monografisch *J.-E. Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, Tübingen 2023; daneben *Schirmer*, Nachhaltigkeit (Fn. 6), 35 (38 f.); *Hellgardt/Jouannaud*, Nachhaltigkeitsziele (Fn. 6), 163 (168); vgl. im Hinblick auf Belange des Umweltschutzes *J. Croon-Gestefeld*, Gemeininteressen im Privatrecht, Tübingen 2022, S. 125 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nung der hier untersuchten Frage in den Kontext bisheriger Überlegungen versucht werden. Insofern ist die Besonderheit eines Nudging-Konzepts, dass es nachhaltiges Verhalten nicht zwingend vorschreibt, sondern auf eine freiwillige Entscheidung des Einzelnen hinwirken will.[33] Dabei geht es hier nicht primär um eine ökologische Analyse geltenden Rechts,[34] sondern um die rechtspolitisch ausgerichtete Entwicklung von Ansätzen und Anwendungsbeispielen, um Anreize für freiwilliges nachhaltiges Verhalten im Vertragsrecht zu setzen.

II. Nudging im Privat- und insb. im Vertragsrecht

Dem Nudging können zwei Aspekte entnommen werden: Einerseits ein steuerungsorientierter, andererseits ein rechtspolitischer Aspekt.[35] Der steuerungsorientierte Aspekt bezeichnet die Analyse der (potenziellen) Auswirkungen rechtlicher Regeln auf das Verhalten von Normadressaten.[36] Für diesen Beitrag von Interesse ist aber vor allem der rechtspolitische Aspekt, denn er ist es letztlich, der einen Nudge aus dem außerrechtlichen in den rechtlichen Bereich überführt und dadurch ver- und insb. bewertbar macht. Dass Recht durch Gesetzgeber (auch) zum Zwecke der Verhaltenssteuerung eingesetzt wird, ist dabei kein neues Phänomen: So sollen z.B. Steuern ein bestimmtes Verhalten weniger attraktiv machen,[37] während von Subventionen der gegenteilige Effekt ausgehen soll.[38]

Die Besonderheit des Nudging-Konzepts besteht jedoch in seiner Zuordnung zu einem rechtspolitischen Programm, das *Thaler* und *Sunstein*

33 In diese Richtung zielen z.B. Überlegungen, in deren Zentrum ein an Nachhaltigkeitsbelangen anknüpfender Mangelbegriff steht, bspw. bei *K. Tonner et al.*, Gewährleistung und Garantie als Instrumente zur Durchsetzung eines nachhaltigen Produktumgangs, VuR 2017, 3; *I. Bach/M. Wöbbeking*, Das Haltbarkeitserfordernis der Warenkauf-RL als neuer Hebel für mehr Nachhaltigkeit?, NJW 2020, 2672; *J. Croon-Gestefeld*, Die nachhaltige Beschaffenheit der Kaufsache, NJW 2022, 497.

34 Vgl. dazu insb. *Bach/Kieninger*, Ökologische Analyse (Fn. 3), 1088 (1096).

35 *Wolff*, Nudge-Konzept (Fn. 15), 194 (204).

36 *Wolff*, Nudge-Konzept (Fn. 15), 194 (205 ff).

37 Vgl. dazu *G. Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (358).

38 *Wolff*, Nudge-Konzept (Fn. 15), 194 (207).

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als „Liberalen Paternalismus“ bezeichnen.[39] Hierbei verbinden sie mit Liberalität und Paternalismus zwei Begriffe, die auf den ersten Blick gegensätzlich wirken. In Einklang gebracht werden sie dadurch, dass Nudging zwar einerseits Menschen dabei helfen soll, diejenigen Entscheidungen zu treffen, die sie bei vollständiger Informationsgrundlage, unbegrenzten kognitiven Fähigkeiten und absoluter Selbstkontrolle getroffen hätten (paternalistisches Element), ohne abweichende Entscheidungen zu verhindern oder bedeutend zu erschweren (liberales Element).[40]

Ein Nudging-Konzept, das den liberalen Paternalismus in das Privatrecht und speziell das Vertragsrecht integriert, führt schon ganz allgemein und ohne Berücksichtigung einer konkreten Zielsetzung zu potenziellen Konflikten mit Prinzipien des Privatrechts: Dieses soll „idealiter als Hort der Privatautonomie und unpolitischer Freiheitsraum“[41] fungieren, und steht damit insb. dem paternalistischen Element kritisch gegenüber, da hierdurch (politische) Wertungen ins Privatrecht überführt werden und damit geeignet ist, privatautonome Entscheidungen zu beeinflussen.[42] Insgesamt fügt sich dies in die andauernde und kontrovers geführte Diskussion um die Regulierungsfunktion des Privatrechts und eine etwaige verhaltenssteuernde Wirkung ein, die an dieser Stelle weder erschöpfend dargestellt noch abschließend aufgelöst werden kann.[43] Allerdings sollte

39 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 4), S. 6 ff.; vgl. hierzu und zu anderen Paternalismusmodellen *Hacker*, Verhaltensökonomik (Fn. 8), S. 211 ff.; *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., Tübingen 2015, S. 358 ff.

40 Als „goldene Regel“ des liberalen Paternalismus wird angesehen, dass die Rechtsordnung „Anstöße“ geben soll, die sehr wahrscheinlich helfen und sehr wahrscheinlich nicht schaden, vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 4), S. 7.

41 *Schirmer*, Nachhaltigkeit (Fn. 6), S. 42.

42 Vgl. *Hacker*, Verhaltensökonomik (Fn. 8), S. 221 ff.

43 Hingewiesen sei jedoch auf die grundlegenden Arbeiten zu Verhaltenssteuerung durch Privatrecht von *Wagner*, Prävention (Fn. 37); *A. Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht – Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016; sowie aus jüngerer Zeit *C. Latzel*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, Berlin/Heidelberg 2020. Ein hilfreicher Überblick über den Diskussionsstand findet sich zudem bei *G. Hönn*, Privatautonomie von innen und außen – Zur Materialisierungsdebatte im Vertragsrecht, JZ 2021, 693; vgl. zudem die Schriftfassungen der Vorträge der unter dem Thema „Gemeinwohl und Privatrecht“ abgehaltenen Zivilrechtslehrertagung 2019 in AcP 220 (2020), Heft 4–5.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht verkannt werden, dass gerade das Verhalten Privater für Aspekte des Klimaschutzes von erheblicher Bedeutung ist.[44]

Ungeachtet dieser Diskussion kommt dem Privatrecht schon *de lege lata* verhaltenssteuernde Wirkung zu. Zudem wird es genutzt, um mit rechtsökonomischen Methoden erkannte Rationalitätsbeschränkungen auszugleichen. Als Beispiel hierfür mag das im deutschen Recht in den §§ 305 ff. BGB kodifizierte AGB-Recht dienen: Einerseits wird ein AGB-Verwender im Hinblick auf die Klauselverbote mit großer Wahrscheinlichkeit sein Verhalten dergestalt anpassen, dass er diese Klauseln gerade nicht verwendet, um nicht die Folgen einer Unwirksamkeit tragen zu müssen. Der Schutz der Gegner des AGB-Verwenders ist zudem unter anderem Reaktion auf die verhaltensökonomische Erkenntnis, dass diese die gegen sie verwendeten Klauseln in der Regel widerspruchslos und ohne eingehende Überprüfung hinnehmen.[45]

Zur regelungstechnischen Umsetzung eines Nudging-Konzepts lassen sich verschiedene Instrumente identifizieren, die für eine Verhaltenssteuerung besonders geeignet erscheinen.[46] Hierzu gehört zunächst die optimale Bereitstellung relevanter Informationen, auf deren Grundlage eine rationale Entscheidung getroffen werden kann. Zudem ist denkbar, von einem Betroffenen die explizite Wahl zwischen zwei Optionen einzufordern. *Default rules* setzen dagegen basierend auf dem durch das Nudging-Konzept verfolgten Ziel einen bestimmten Standardfall fest, dem sich der Betroffene durch eine Abwahl entziehen kann.[47] Solchen Regeln unterworfene Personen haben zwar die Möglichkeit, sich durch aktive Entscheidung deren Geltung zu entziehen; ohne eine solche aktive Entscheidung kommt

44 *Bach/Kieninger*, Ökologische Analyse (Fn. 3), 1088 (1090); *J. Berkemann*, „Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG) – Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel, DÖV 2021, 705 (705); *B. Gsell*, Miete und Recht auf Klimaschutz, NZM 2022, 481 (485).

45 *M. Fornasier*, in: MüKoBGB (Fn. 25), Vor § 305 Rn. 4 ff.; vgl. zu Untersuchungen des tatsächlichen Leseverhaltens bei AGB *P. McColgan*, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, Tübingen 2020, S. 88.

46 Vgl. dazu *C. R. Sunstein*, Nudges.gov: Behaviorally Informed Regulation, in: E. Zamir/D. Teichman (Hrsg.), Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, Oxford 2014, S. 719 (727 ff.); *Eidenmüller*, Paternalismus (Fn. 18), 814 (818).

47 Als Beispiel dienen die Ausgestaltungsmöglichkeiten bezüglich der Organspende, wobei insb. die Widerspruchslösung als Nudge in Form einer *default rule* angesehen wird, vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 4), S. 269 ff.; dazu aus grundrechtlicher Perspektive *Wolff*, Nudge-Konzept (Fn. 15), 194 (214 f. m.w.N).

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Standardfall allerdings mangels willensgetragener Entscheidung zur Anwendung.

Diese Instrumente sind gerade im Hinblick auf die Privatautonomie der betroffenen Personen mit unterschiedlichen Eingriffsintensitäten verbunden;[48] im Zusammenhang mit der gesetzgeberischen Tätigkeit kann sich dies auf eine grundrechtliche Bewertung auswirken.[49] Allerdings wird die in Gefahr gewägte Privatautonomie z.B. durch die Bereitstellung zusätzlicher Informationen zumindest nach der zugrunde liegenden Vorstellung gerade nicht beschränkt, sondern vielmehr gefördert – nicht umsonst ist es das erklärte Ziel des Informationsmodells, eine freie Entscheidung auf informierter Grundlage zu ermöglichen. Demgegenüber zeigen *default rules*, dass Nudges nicht immer so harmlos sind, wie sie gerade von ihren Schöpfern teilweise dargestellt werden: Denn mit dem abwählbaren Standardfall wird das vom Regelgeber als rational erkannte Ergebnis standardmäßig vorgeschrieben, wodurch etwaige Rationalitätsbeschränkungen ausgeglichen werden sollen. Dies wird aber eben dadurch erreicht, dass mit dem *status quo bias* gerade eine solche Rationalitätsbeschränkung ausgenutzt wird, wenn darauf gehofft wird, dass der Standardfall nicht aktiv abgewählt wird. Durch *default rules* kann so durchaus der Eindruck entstehen, die betroffene Person werde in gewisser Weise zur Hinnahme einer von Dritten getroffenen Entscheidung „überlistet".

III. Nudging und Nachhaltigkeit

1. Allgemeine Überlegungen

Dass sich der Nudging-Ansatz schon nach der Vorstellung seiner Schöpfer auch als Gegenmaßnahme für die Klimakrise eignet, zeigt sich daran, dass *Thaler* und *Sunstein* in einem Kapitel mit der Überschrift „Saving the Planet" Überlegungen zum Einsatz ihres Konzepts zur Reduktion von Emissionen anstellen.[50] Sie weisen hier auf verschiedene Faktoren hin, die im Hinblick auf Klimaschutz und Nachhaltigkeit als Rationalitätsbeschränkungen eingeordnet werden können:[51] Eine Voreingenommenheit

48 *Eidenmüller*, Paternalismus (Fn. 18), 814 (818).
49 Vgl. *Wolff*, Nudge-Konzept (Fn. 15), 194 (213 ff).
50 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 4), S. 281 ff.
51 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 4), S. 282 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hinsichtlich der Hinnahme der gegenwärtigen Situation im Vergleich zu einem Warten auf eine zukünftige Belohnung (*present bias*), Salienz,[52] das Fehlen eines spezifischen Gegenspielers, die bloß annäherungsweisen Vorhersagemöglichkeiten bezüglich der Auswirkungen des Klimawandels sowie eine Verlustaversion. Besondere Bedeutung kommt im Hinblick auf eine Nachhaltigkeit insb. dem *present bias* zu, da Belange des Klimaschutzes intertemporale Reichweite haben und – wie es das BVerfG formuliert hat – über die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG objektivrechtliche Schutzverpflichtungen auch in Bezug auf künftige Generationen begründet sein können.[53] Die privaten Akteure des Privatrechts betrifft diese aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitete Verpflichtung zwar nicht unmittelbar; dennoch muss ein rechtspolitisches Nudging-Konzept den Umstand berücksichtigen, dass Menschen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit den für sie günstigen *status quo* absichern wollen, anstatt ihr (Konsum-)Verhalten an den Bedürfnissen künftiger Generationen auszurichten.

Wählt man als Ziel eines solchen Konzepts nachhaltiges Verhalten seiner Adressaten, gerade im Hinblick auf die Sicherung der Lebensgrundlagen künftiger Generationen, ist an dieser Stelle ergänzend anzumerken, dass *Thaler* und *Sunstein* die verhaltenssteuernde Wirkung von Nudges originär wohl auf die Steigerung des (aktuellen) Wohlbefindens einzelner Individuen beziehen. Evident wird dies schon angesichts des Titels, den sie für ihr Werk gewählt haben: Versprochen werden dort bessere Entscheidungen für (individuelle) Gesundheit, Wohlstand und Glück.[54] Eine hierüber hinausgehende Zielsetzung, insb. die Umsetzung politischer Ziele, soll dagegen ausdrücklich nicht verfolgt werden.[55] Tatsächlich betrifft die Steuerung des Verhaltens Einzelner aber häufig zumindest auch soziale Probleme und fördert zugleich Gemeinwohlzwecke. Nimmt man z.B. die sich in der Europäischen Union aus der Tabakproduktrichtlinie[56] ergeben-

52 Salienz bedeutet in der Psychologie der Wahrnehmung, dass ein Reiz aus seinem Kontext hervorgehoben und dadurch dem Bewusstsein leichter zugänglich ist als ein nicht-salienter Reiz, vgl. *W. Stangl*, Online-Lexikon für Psychologie & Pädagogik, Eintrag „Salienz", <https://lexikon.stangl.eu/29331/salienz> (21.12.2022).

53 BVerfGE 157, 30 (111 f).

54 Im englischen Original heißt das Buch: „Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness".

55 Vgl. z.B. *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 4), S. 27 ff.: Nudging sei „weder links noch rechts, weder demokratisch noch republikanisch".

56 Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.4.2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

de Pflicht zum Druck von Warnhinweisen auf Tabakprodukten in den Blick, so sollen diese primär zu einer Verbesserung der Gesundheit des auf diese Weise beeinflussten Individuums führen. Aber auch die Kosten, die in einem Gesundheitssystem durch die mit dem Rauchen verbundenen Gesundheitsbeeinträchtigungen entstehen, werden in der Folge reduziert.[57] Ohnehin wird vermutet, dass *Thaler* und *Sunstein* diesen Aspekt des Nudging-Ansatzes aufgrund der in Teilen der USA stark ausgeprägten Aversion gegen staatliche Intervention und dem Gemeinwohl dienenden Freiheitsbeschränkungen bewusst nicht betonen.[58] Die Förderung von Gemeinwohlzwecken – und damit z.B. die Sicherung der Lebensgrundlagen künftiger Generationen – muss deshalb nicht als eine Zweckentfremdung des Nudging-Ansatzes angesehen werden. Liest man zwischen den Zeilen des bereits erwähnten Kapitels mit dem Titel „Saving the Planet", ergibt sich Entsprechendes, wenn dort die Gefahren für „public health and welfare" betont werden.[59]

Ruft man sich nun in Erinnerung, dass ein *homo oeconomicus* den eigenen Nutzen einer Entscheidung anhand entsprechender Präferenzen selbst definieren und deshalb durchaus in der Lage sein kann, hierbei Belange der Nachhaltigkeit einfließen zu lassen,[60] so lassen sich für ein auf nachhaltiges Verhalten abzielendes Nudging (mindestens) zwei Personengruppen als potenzielle Regelungsadressaten identifizieren: Zunächst Menschen, die aus eigenem Antrieb in einer für sie vollständig rationalen Entscheidungssituation die nachhaltige Option wählen würden, ohne dass es hierfür eines zusätzlichen Anreizes bedürfte. Als Alternativmodell zum *homo oeconomicus* lässt sich in diesem Zusammenhang das Bild des *homo oecologicus* bemühen, das einen perfekt ökologisch denkenden und handelnden Menschen beschreibt.[61] Im Gegensatz dazu stehen aber solche Menschen, die Nachhaltigkeit nicht als einen ihre Entscheidungen beeinflussenden Teil der eigenen Präferenzen ansehen und die deshalb diese Belange nicht in eine aus ihrer Sicht rationale Entscheidung einfließen lassen. Hieran lässt sich verdeutlichen, dass für ein Nudging-Konzept sowohl bezüglich des

---

Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG, ABl L 127/1, 1.

57 Vgl. zu diesem Beispiel auch *Hacker*, Verhaltensökonomik (Fn. 8), S. 11.

58 *Wolff*, Nudge-Konzept (Fn. 15), 194 (219).

59 *Thaler*/*Sunstein*, Nudge (Fn. 4), S. 281.

60 Vgl. dazu schon oben, II.

61 *B. Fegebank*, Der Wunschverbraucher heißt Homo oecologicus, Haushalt in Bildung und Forschung 5 (2016), 19 (28).

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

steuerungsorientierten als auch des rechtspolitischen Aspekts jedenfalls im Hinblick auf nachhaltiges Verhalten zwei sich ergänzende Ebenen unterschieden werden können. Diese Unterscheidung hat Einfluss auf die Konzeption der Instrumente, die im Ergebnis den Zweck „Nachhaltigkeit" erreichen sollen.

Für die erste, dem *homo oecologicus* nahestehende Personengruppe ist wesentliche Voraussetzung für eine Entscheidungsfindung unter Berücksichtigung nachhaltiger Kriterien, dass ihnen die entsprechende Verhaltensmöglichkeit überhaupt bekannt ist. Nudging-Instrumente müssen zu diesem Zweck entsprechend auf die Annäherung an eine möglichst vollständige Informationsgrundlage im Sinne des für den *homo oeconomicus* postulierten Rationalitätstheorems abzielen. Hierdurch wird eine für die eigene Wahrnehmung und unter Zugrundelegung der eigenen Präferenzen rationale Entscheidung ermöglicht. Als Nudging-Instrument kommt hierfür insb. die (optimierte) Bereitstellung relevanter Informationen in Betracht. Nicht unbedingt erforderlich wären dagegen solche Instrumente, die auf die Entscheidungsfindung und Urteilsbildung einwirken, da diese Personengruppe bei Vorhandensein entsprechender Informationen selbständig die nachhaltige Verhaltensalternative wählt.

Für die zweite Gruppe läuft ein auf Informationsinstrumente beschränkter Ansatz allerdings Gefahr, nicht weit genug zu gehen. Ein auf nachhaltiges Verhalten gerichtetes Nudging-Konzept lässt sich zwar durchaus entwerfen, erfordert jedoch zusätzliche Ebenen. Dies liegt daran, dass diesen Personen eine aus ihrer Sicht irrationale Entscheidung abverlangt wird. Hierbei sind zwei Wege denkbar: Zunächst kann durch Nudging-Instrumente ein separat betrachtetes nicht-rationales Verhalten in den Bereich dessen gerückt werden, was der Betroffene entgegen seiner ursprünglichen Präferenz als rationale Entscheidung ansieht. Hierfür erforderlich sind – ebenso wie für die erste Personengruppe – Informationsinstrumente, da auch Mitglieder dieser Personengruppe eine nachhaltige Entscheidung nur dann treffen können, wenn ihnen diese Alternative überhaupt bewusst ist. Allerdings führt das bloße Wissen um die Existenz einer solchen Verhaltensalternative für diese für sich genommen noch nicht dazu, dass die nachhaltige Alternative tatsächlich gewählt wird. Zusätzlich müssen Nudging-Instrumente zur Anwendung kommen, die aus Sicht der angesprochenen Personengruppen dazu führen können, dass sich ihnen diese Entscheidung doch als eine am eigenen Nutzen orientiere Verhaltensweise darstellt. Hierfür bieten sich vor allem (monetäre) Anreize an, die einen Ausgleich für den Verzicht auf die für den eigenen Nutzen als vorteilhaft erkannte

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verhaltensalternative vermittelt. Zweitens ist denkbar, als nicht rational empfundenes Verhalten durch *default rules* standardmäßig vorzuschreiben und dem Betroffenen eine ausdrückliche Abwahl der nachhaltigen Alternative abzuverlangen.

Ein rechtspolitisches Nudging-Konzept mit dem Ziel der Verhaltenssteuerung hin zu nachhaltigem Verhalten muss also schon im Ausgangspunkt eine Entscheidung darüber enthalten, ob beide Personengruppen erfasst sein sollen. Einfluss hat dies wie dargestellt auf die Auswahl der in Betracht kommenden Nudging-Instrumente sowie deren konkreten Zuschnitt. Dabei dürfte es gerade Ausdruck eines entsprechenden politischen Willens sein, wie weitreichend die gewählten Maßnahmen sind. Zu beachten sind zudem die Grenzen, die Nudging-Instrumenten durch die Grundrechte der angesprochenen Individuen gesetzt werden.[62] Mit dem steuerungsorientierten Aspekt im Zusammenhang mit nachhaltigem Verhalten haben sich bereits mehrere Untersuchungen anderer Disziplinen auseinandergesetzt.[63] Dass der Einsatz von Anreizen zu diesem Zweck auch der Rechtsordnung nicht völlig fremd ist, soll nun gezeigt werden.

2. Beispiele für Nachhaltigkeits-Nudging durch die Rechtsordnung

Prominentes Beispiel für einen Nachhaltigkeit-Nudge im Recht stellen die unternehmensrechtlichen Berichtspflichten zu Belangen der *Corporate Social Responsibility* (CSR) dar.[64] Diese ergeben sich in Deutschland für

62 Vgl. zu den Bedenken gegenüber den verschiedenen Nudging-Instrumenten aus grundrechtlicher Perspektive *Wolff*, Nudge-Konzept (Fn. 15), 194 (213).

63 *O. Mont/M. Lehner/E. Heiskanen*, Nudging. A tool for sustainable behaviour?, Swedish Enviromental Protection Agency, Report 6643, Dezember 2014, <https://www.researchgate.net/publication/271211332_Nudging_A_tool_for_sustainable_behaviour> (11.09.2022); *K. M. Nelson, M. K. Bauer & S. Partelow*, Informational Nudges to Encourage Pro-environmental Behavior: Examining Differences in Message Framing and Human Interaction, 09.02.2021, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fcomm.2020.610186/full> (11.09.2022); *M. Gossen et al.*, Nudging Sustainable Consumption: A Large-Scale Data Analysis of Sustainability Labels for Fashion in German Online Retail, 10.6.2022, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frsus.2022.922984/full> (11.09.2022).

64 *F. Möslein/K. E. Sorensen*, Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability: Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective, 24 Columbia Journal of European Law 2018, 391 (394 f.), dort auch zu weiteren Verhaltensanreizen im Unternehmensrecht.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bestimmte Unternehmen[65] insb. aus den §§ 289b f. HGB, die wiederum Vorgaben der CSR-Richtlinie[66] in nationales Recht umsetzen. Inhaltlich umfassen die nichtfinanziellen Berichtspflichten gem. § 289c Abs. 2 Nr. 1 HGB u.a. Umweltbelange, wobei sich die Angaben auf Treibhausgasemissionen, den Wasserverbrauch, die Luftverschmutzung, die Nutzung von erneuerbaren und nicht erneuerbaren Energien oder den Schutz der biologischen Vielfalt beziehen können. Es bedarf allerdings einer genauen Differenzierung zwischen dieser Pflicht zur Veröffentlichung nichtfinanzieller Erklärungen und einer Pflicht zu nachhaltigem Verhalten. Letztere folgt nämlich gerade nicht aus der CSR-Richtlinie; insb. erfolgt keine Erweiterung von Geschäftsleiterpflichten in diese Richtung.[67] Stattdessen soll das Instrument der Offenlegung (Informationsfunktion) die betroffenen Unternehmen dazu bewegen, sich nachhaltig zu verhalten, um vorteilhafte Angaben machen und sich so in einem günstigeren Licht präsentieren zu können (sog. Regulierungsfunktion);[68] der eigene Nutzen besteht dann im Erwerb eines guten Rufs. Gleichwohl werden Unternehmen nicht daran gehindert, Belange der Nachhaltigkeit außer Acht zu lassen und dies in ihren Berichten offenzulegen, auch wenn damit einhergehenden Reputationsverluste dem unternehmerischen Erfolg abträglich sein können.[69] Trotz der theoretischen Freiwilligkeit nachhaltigen Verhaltens werden die nichtfinanziellen Berichtspflichten als Abkehr von dem *Shareholder-value*-Modell

65 Die Pflicht zur nichtfinanziellen Berichtserstattung trifft Kapitalgesellschaften, welche – kumulativ – die Voraussetzungen des § 267 Abs. 3 S. 1 HGB erfüllen, die kapitalmarktorientiert i.S.d. § 264d HGB sind und die im Jahresdurchschnitt mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Ausweitungen des persönlichen Anwendungsbereichs finden sich in §§ 340a Abs. 1 (Kreditinstitute), 341a Abs. 1a (Versicherungsunternehmen) und 315b Abs. 1 (Mutterunternehmen i.S.d. § 290 HGB) HGB. Durch die mitgliedstaatliche Umsetzung der am 16.12.2022 im europäischen Amtsblatt veröffentlichten Änderungsrichtlinie (EU) 2022/2464 (ABl. 2022 L 322/15, 1) hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichtserstattung von Unternehmen wird der Kreis der berichtspflichtigen Unternehmen deutlich erweitert.

66 Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl. L 330/1, 1.

67 *Mittwoch*, Nachhaltigkeit (Fn. 5), S. 190.

68 In diese Richtung *Mittwoch*, Nachhaltigkeit (Fn. 5), S. 190; *P. Hell*, Grundsatzfragen der Ausgestaltung der nichtfinanziellen Unternehmenspublizität, EuZW 2018, 1015 (1017); *P. Hell*, Offenlegung nichtfinanzieller Informationen, Tübingen 2020, S. 93 ff.

69 *Mittwoch*, Nachhaltigkeit (Fn. 5), S. 191.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und als „Revolution übers Bilanzrecht“ kritisiert.[70] Zugeschrieben werden kann eine Nudging-Komponente im Unternehmensrecht ferner den Vorgaben zu *Sustainable Finance*[71] oder der Idee von Vertragsmechanismen, durch die Anreize für die Einhaltung nach außen kommunizierter Nachhaltigkeitsziele geschafft werden sollen (sog. *Green Pills*[72]).

IV. Synthese: Nachhaltigkeits-Nudging im Vertragsrecht?

Nachdem nun die Beziehungen zwischen entscheidenden Faktoren beleuchtet wurden, sollen vor diesem Hintergrund Erwägungen dazu angestellt werden, wie sich der Nudging-Ansatz hin zu mehr Nachhaltigkeit in das Vertragsrecht integrieren lässt. Dem vorangestellt sind einige allgemeine Überlegungen, bevor beispielhaft konkrete Nachhaltigkeits-Nudges für das Vertragsrecht entwickelt und beurteilt werden.

1. Allgemeine Überlegungen für das Vertragsrecht

Privatrecht und Vertragsrecht im Speziellen dienen dem Ausgleich der Interessen der beteiligten Parteien. Im Gegensatz zu z.B. Steuern oder Subventionen sollte sich eine Anreizwirkung im Idealfall nicht darauf beschränken, das nachhaltige Verhalten einer Partei durch einseitige Anreize zu honorieren, während zugleich die andere Partei schlechter gestellt wird. Diese Besonderheit des Vertragsrechts erfordert es deshalb, Anreize mit beidseitiger Wirkung zu konzipieren. Am Beispiel von Unternehmensrecht und *Shareholder-value*-Modell wurde zudem gezeigt, dass Nachhaltigkeit in einem Konflikt mit (anderen) Rechtsprinzipien stehen kann. Nichts anderes gilt für das Vertragsrecht: So steht der im Zusammenhang mit dem „Fliesenlegerfall 2.0“ (siehe oben, III.) entwickelte Nudge in einem Konflikt mit dem grundsätzlich zu gewährenden „Recht der zweiten Andienung“ des Unternehmers oder Verkäufers. Daneben sind Rechtsprinzipien wie der

70 *P. Hommelhoff*, Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – die Revolution übers Bilanzrecht, in: Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 291.

71 Vgl. hierzu *Mittwoch*, Nachhaltigkeit (Fn. 5), S. 216.

72 *J. Armour/L. Enriques/T. Wetzer*, Green Pills, European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 657/2022, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4190268> (20.12.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verbraucherschutz[73] oder der Mieterschutz[74] zu beachten. Mehrere Rechtsprinzipien können – und müssen – allerdings im Einzelfall durchaus in einen Ausgleich gebracht werden, wobei das zwischen diesen herrschende Stufenverhältnis zu berücksichtigen ist.[75]

2. Konkrete Nachhaltigkeit-Nudges im Vertragsrecht

Im Folgenden sollen nun konkrete Anwendungsfälle beleuchtet werden, in denen Nudging-Instrumente in das Vertragsrecht integriert werden könnten. Die Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern ist als nicht abschließende Ideensammlung zu verstehen. Dabei orientiert sich die folgende Darstellung an den Kategorien in Betracht kommender Nudging-Instrumente, namentlich Informationspflichten, Anreizen monetärer Art sowie *default rules*.

2.1. Informationspflichten zu Nachhaltigkeitsaspekten

Erinnert man sich an die Einleitung dieses Beitrags, wurde dort die Frage in den Raum gestellt, ob die Information über den mit Retourensendungen verbundenen CO_2-Ausstoß eine Veränderung im Verhalten bei Bestellungen im Fernabsatzgeschäft bezwecken könnte. Diese zunächst auf der steuerungsorientierten Ebene einzuordnenden Frage kann, wenn man von einer solchen Verhaltensanpassung ausgeht – und sich diese im Idealfall auch empirisch nachweisen lässt – zusätzlich Auswirkungen auf rechtspolitischer Ebene haben. So ist bspw. denkbar, Unternehmern im Rahmen des Bestellvorgangs bei einem Fernabsatzgeschäft i.S.d. § 312c BGB eine Informationspflicht aufzuerlegen, durch die Verbraucherinnen und Verbraucher über die CO_2-Bilanz von Retourensendungen informiert werden. Damit verbunden ist die Hoffnung einer Anpassung des Bestellverhaltens, durch

73 Vgl. zur Einordnung des Verbraucherschutzes als Rechtsprinzip *M. Tamm*, Verbraucherschutzrecht, Tübingen 2011, S. 896 ff.

74 Vgl. zur Rolle des Mietraumwohnrechts *Gsell*, Klimaschutz (Fn. 44), 481 (484 m.w.N).

75 Nachhaltigkeit wird aufgrund der Eigenschaft als „general principle" im europäischen Recht teilweise als anderen Rechtsprinzipien gegenüber vorrangig angesehen, vgl. *B. Sjåfjell/A. Wiesbrock*, The importance of Article 11 TFEU for regulating business in the EU, in: B. Sjåfjell/A. Wiesbrock (Hrsg.), The Greening of European Business under EU Law, London/New York 2014, S. 1 (2); *Schirmer*, Nachhaltigkeit (Fn. 6), 35 (41).

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das einer Rücksendung wahrscheinlicher vorgebeugt wird. Dem ließe sich entgegenhalten, dass Unternehmer nach § 312d Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 EGBGB bereits zahlreichen Informationspflichten unterliegen, die bei Verbrauchern zu einem *information overload* führen können.[76] Allerdings beziehen sich diese Pflichten nicht auf die Auswirkungen, die der Abschluss eines Fernabsatzvertrags und insb. die Ausübung des Widerrufsrechts aus § 312g Abs. 1 BGB auf Nachhaltigkeitsbelange haben kann. Zudem könnte eine zusätzliche Informationspflicht an anderer Stelle zu Vorteilen führen, die eine Mehrbelastung mehr als ausgleichen, z.B. wenn sich eine Abnahme der Anzahl an Rücksendungen für Unternehmer positiv auswirkt, da Prozesse und Strukturen zur Abwicklung von Rücksendungen abgebaut und damit Kosten gespart werden können. Demgegenüber wäre z.B. die Abschaffung des Widerrufsrechts nicht mehr der Nudging-Idee zuzuordnen und würde zudem aller Voraussicht nach dazu führen, dass sich Online-Händler freiwillig zu einer Rücknahme verpflichten.[77]

Ein weiterer möglicher Bezugspunkt für eine Informationspflicht zu Aspekten der Nachhaltigkeit betrifft ebenfalls Retourensendungen, namentlich die Praxis einiger Unternehmen, Retourensendungen zu zerstören, anstatt diese erneut dem Warenkreislauf zuzuführen.[78] Durch eine schon im Rahmen des Bestellvorgangs anzusiedelnde Informationspflicht des Unternehmers über das spätere Schicksal einer retournierten Ware ließe sich das Verhalten möglicherweise auf beiden Seiten im Sinne der Nachhaltigkeit beeinflussen. Wenn die erteilte Information nämlich aufdeckt, dass die Ware vernichtet wird, können Verbraucher ihr Verhalten anpassen, indem sie Vertragspartner wählen, die retournierte Ware erneut zum Verkauf anbieten (z.B. als B-Ware). Auch für Unternehmer geht von einer solchen Informationspflicht eine verhaltenssteuernde Wirkung aus, da diese in der Außendarstellung wahrscheinlich nicht als ein Unternehmen gelten wollen, das Retouren zerstört. Anzumerken ist, dass das zuständige Bundesumweltministerium durch die Schaffung einer Obhutspflicht in § 23 Abs. 2 Nr. 11 KrWG als „latenter Pflicht" hinsichtlich der Zerstörung retournierter Ware versucht hat, ohne die Entstehung durchsetzbarer Pflichten das Verhalten

76 Vgl. zur Diskussion um die Ausgestaltung des Informationsmodells im europäischen Verbraucherrecht statt vieler *B. Gsell*, Informationspflichten im europäischen Verbraucherrecht, ZfPW 2022, 130 (130, insb. Fn. 3 m.w.N).

77 *Bach/Kieninger*, Ökologische Analyse (Fn. 3), 1088 (1096).

78 Vgl. dazu bspw. Universität Bamberg, Retouren: Warum 20 Millionen Artikel vernichtet werden, Pressemitteilung vom 09.10.2019, <https://www.uni-bamberg.de/presse/pm/artikel/retourenvernichtung-asdecker-2019/> (24.09.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Verantwortlichen beeinflussen.[79] Ob dieses Vorhaben von Erfolg gekrönt ist, ist aber anzuzweifeln.

Solchen Informationspflichten scheint jedenfalls der europäische Gesetzgeber Potential zuzuschreiben: Beabsichtigt ist derzeit die Änderung der Verbraucherrechte-Richtlinie zur Einführung von verbraucherrechtlichen Informationspflichten zu bestimmten Nachhaltigkeitsaspekten – z.B. zu Haltbarkeitsgarantien und Reparaturkennzahlen.[80] Im Detail stößt dieser Vorschlag noch auf Kritik, die einerseits grundsätzliche Zweifel am Informationsmodell aufgreift und andererseits die fehlende Verzahnung mit der Warenkaufrichtlinie bemängelt.[81] Dies zeigt: Führt man Informationspflichten zu Nachhaltigkeitsaspekten ein, so sind damit noch nicht sämtliche Entscheidungen getroffen, durch die der dadurch gesetzte Nudge hinsichtlich seiner (potenziellen) Wirksamkeit beeinflusst wird. Vielmehr muss an weiteren Stellschrauben gedreht werden, nicht zuletzt in Bezug auf die Frage, wann, wo und wie solche Informationen zu erteilen wären. Zurückgreifen ließe sich hierbei auf die Erkenntnisse der Informationsökonomik.[82]

2.2. Anreize monetärer Art

In die Kategorie der Anreize monetärer Art fällt zunächst der oben vorgeschlagene Anspruch zur Attraktivitätssteigerung der nachhaltigen Alternative im Natursteinplatten-Fall des BGH. Wie dargestellt beinhaltet dieser einen Anreiz zur Wahl der nachhaltigen Alternative, indem er für beide Parteien finanzielle Vorteile bietet: Der Besteller erhält für den Verzicht auf Nacherfüllung und Sekundärrechte einen Ausgleich, während der Un-

79 Vgl. dazu Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz, Die Obhutspflicht im Kreislaufwirtschaftsgesetz (Stand: 09.10.2020), <https://www.bmuv.de/themen/wasser-ressourcen-abfall/kreislaufwirtschaft/abfallpolitik/uebersicht-kreislaufwirtschaftsgesetz/die-obhutspflicht-im-kreislaufwirtschaftsgesetz>.

80 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen, COM (2022) 143 final.

81 *K. Tonner*, Mehr Nachhaltigkeit im Verbraucherrecht – die Vorschläge der EU-Kommission zur Umsetzung des Aktionsplans für die Kreislaufwirtschaft, VuR 2022, 323 (331).

82 Vgl. dazu die Nachweise bei *Eidenmüller*, Paternalismus (Fn. 18), 814 (818, insb. Fn. 40 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ternehmer im Vergleich zu einer Neuherstellung ebenfalls mit geringeren Kosten belastet ist. Ein solcher Anspruch schafft daher den Spagat, für beide Parteien einen Anreiz zu schaffen, die nachhaltige Alternative zu wählen.

Dass der deutsche Gesetzgeber bereits Anreize monetärer Art für nachhaltiges Verhalten setzt, belegt insb. die in § 559 BGB vorgesehene Möglichkeit einer Mieterhöhung bei Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen z.B. in Gestalt einer energetischen Sanierung. Der Vorschrift des § 559 BGB wird schon nach geltender Rechtslage eine öffentlich-rechtliche und insb. umweltpolitische Zwecksetzung zugeschrieben, indem sie finanzielle Anreize für Vermieter schafft, energetische Maßnahmen durchzuführen.[83] Diese Möglichkeit sieht § 559 BGB zwar bereits für die in § 555b Nr. 1, 3, 4, 5, 6 BGB genannten Fälle vor, wobei insb. Nr. 1 (energetische Modernisierung) und Nr. 3 (nachhaltige Reduzierung des Wasserverbrauchs) nach der oben genannten Begriffsbestimmung Nachhaltigkeitsbelange betreffen. Zugleich lässt sich an dieser Vorschrift zeigen, dass es bei der Konzeption von Anreizen entscheidend auf eine Feinjustierung ankommt, da der § 559 BGB in dieser Hinsicht noch in zweierlei Hinsicht Optimierungspotential hat.

Das liegt zunächst am Zusammenspiel zwischen § 555b BGB und § 559 BGB. Voraussetzung für eine Mieterhöhung nach einer energetischen Modernisierung i.S.d. § 555b Nr. 1 BGB ist, dass Endenergie nachhaltig eingespart wird. Da der dort verwendete Begriff der Nachhaltigkeit nur Beständigkeit meint, d.h. auf eine gewisse Dauer angelegt sein muss,[84] und damit mit dem oben genannten Begriffsverständnis (vgl. A.) nichts gemein hat, kann eine energetische Modernisierung auch dann vorliegen, wenn eine solche Energieeinsparung durch den Einbau einer Gaszentralheizung[85] oder die Erneuerung einer (mit fossilen Brennstoffen betriebenen) Heizungsanlage[86] erreicht wird. Die nachhaltige Einsparung von nicht-erneuerbarer Primärenergie oder sonstige Maßnahmen, durch die das Klima

83 *B. Schindler*, in: H. Schmidt (Hrsg.), BeckOGK zum BGB (Stand: 1.7.2022), § 559 Rn. 12 f.; vgl. ferner BT-Drucks. 17/10485, S. 13 f. zur Aufgabe des Mietrechts in Anbetracht des Klimawandels.

84 Zu beachten ist, dass der Begriff der Nachhaltigkeit i.S.d. § 555b Nr. 1 BGB mit dem oben genannten Begriffsverständnis identisch ist, vgl. BGH NZM 2002, 519 (520); NZM 2004, 336 (337 f.); WuM 2004, 288.

85 AG Berlin-Köpenick GE 2016, 265.

86 LG Köln BeckRS 2021, 30963, allerdings ohne Hinweis auf die Energiequelle der ausgetauschten Heizungsanlage.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nachhaltig geschützt wird, werden – sofern sie nicht zugleich zu einer Reduzierung des Verbrauchs von Endenergie führen – dagegen durch den Auffangtatbestand von § 555b Nr. 2 BGB erfasst. Allerdings berechtigen solche Maßnahmen gerade nicht zu einer Mieterhöhung, da § 555b Nr. 2 BGB nicht in die abschließende Aufzählung des § 559 Abs. 1 BGB aufgenommen wurde.[87] Dabei stellt es keine Selbstverständlichkeit dar, dass allein der Wechsel von nicht-erneuerbarer zu erneuerbarer Energie zu einer Einsparung von Endenergie führt[88] – der Vermieter hat deshalb mangels Umlagefähigkeit keinen Anreiz dafür, eine solche Maßnahme vorzunehmen,[89] obwohl dies von gesetzgeberischer Seite durchaus angestrebt war.[90]

Auch wenn man das Fehlen eines Anreizes zunächst kritisieren will, wird zugleich deutlich, wie schwierig sich die Suche nach geeigneten Nudging-Instrumenten, gerade monetärer Art, im Vertragsrecht gestalten kann. Denn dem ersten Impuls, Maßnahmen nach § 555b Nr. 2 BGB für eine Mieterhöhung ausreichen zu lassen, stehen berechtigte Mieterinteressen entgegen: Mit welcher Berechtigung soll die Miete erhöht werden, wenn sich dies nicht zugleich durch sinkende Energiekosten bemerkbar macht? Nachhaltigkeit würde hier vor allem auf dem Rücken der Mieter erreicht – und damit gerade dem hier entwickelten Verständnis eines für das Vertragsrecht geeigneten Nudging-Instruments widersprechen. Vielmehr scheinen für solche Fallgestaltungen insb. Subventionen taugliche Instrumente zu sein, da diese einerseits einen Anreiz für Vermieter schaffen, im Sinne des oben entwickelten Begriffsverständnisses nachhaltige Modernisierungen durchzuführen und andererseits nicht zu einer Belastung der Mieter ohne Ausgleich führen. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass solche Drittmittel gem. § 559a BGB bei der Berechnung einer Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 BGB von den anzusetzenden Kosten abzuziehen sind.

Eine Optimierung könnte die Vorschrift des § 559 Abs. 1 BGB mit Blick auf eine verhaltenssteuernde Wirkung zudem in Hinblick auf die pauschale Festlegung einer Erhöhung der jährlichen Miete um 8 % der für die Woh-

87 Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren *P. Schüller*, in: W. Hau/R. Posek (Hrsg.), BeckOK, 63. Ed (Stand: 1.8.2022), § 559 Rn. 26.

88 So auch *Schüller*, in: Hau/Posek (Fn. 87), § 559 Rn. 26. Freilich wird dies häufig der Fall sein; so sah das auch der Gesetzgeber, vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 19 f. und BT-Drucks. 17/11894, S. 23.

89 *Schüller*, in: Hau/Posek (Fn. 87), § 559 Rn. 26.

90 Entwurf eines Gesetzes über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz – MietRÄndG), BT-Drucks. 17/10485, S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nung aufgewendeten Kosten erfahren. Hierdurch hat der Gesetzgeber zwar einen Anreiz dafür geschaffen, energetische Maßnahmen vorzunehmen, ohne allerdings deren Wirksamkeit in der Einsparung von Endenergie und Energiekosten in die Abwägung miteinzubeziehen.[91] Dies zeigt sich an einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2004: Danach wird die Zulässigkeit einer Mieterhöhung nicht durch das Verhältnis der hierdurch bewirkten (Energie-)Ersparnis begrenzt.[92] Zwar ist der Vermieter dennoch dem Gebot der Wirtschaftlichkeit unterworfen und es wird vertreten, dass die Mieterhöhung nicht außer Verhältnis zu den möglichen Energieeinsparungen stehen darf.[93] Allerdings sind hier keine festen Grenzen festgeschrieben, sodass der Vermieter grundsätzlich für unwirksame, aber dennoch teure Maßnahmen die Miete in derselben Höhe erhöhen darf wie für wirksame und günstige Maßnahmen. Ein Anreiz, bei der Modernisierung auf möglichst hohe Einsparungen hinzuwirken, existiert nicht.

Alternativ wäre an eine stärkere Verknüpfung mit der Einsparung von Energiekosten für den Mieter zu denken. Sinnvoll wäre eine Kombination des Ansatzes des Gesetzgebers und der Anknüpfung an die Kosteneinsparung des Mieters, indem die pauschale Festsetzung der Mieterhöhung dann in niedrigerer Höhe erfolgt, um ineffiziente Maßnahmen unattraktiv erscheinen zu lassen. Zugleich erscheint eine Deckelung der Mieterhöhung auf einen bestimmten Prozentbetrag nicht angezeigt, wenn der Mieter durch die energetische Maßnahme sogar mehr Energiekosten spart, als der Betrag, welcher der Miete prozentual anzurechnen wäre. Vorstellbar ist demnach eine Regelung, die einen niedrigen Mindestprozentbetrag als Mieterhöhung erlaubt, darüber hinaus aber an die Energiekostenersparnis des Mieters anknüpft. Dadurch erhält der Vermieter einen zusätzlichen Anreiz, möglichst wirksame Maßnahmen zu ergreifen, während der Mieter jedenfalls nicht schlechter steht als vor der energetischen Modernisierung.

91 Nach seiner aktuellen Konzeption knüpft § 559 BGB allein an die Einsparung von Endenergie an, nicht an die Einsparung von Energiekosten, vgl. *M. Artz*, in: MüKo BGB (Fn. 25), § 559 Rn. 19.

92 BGH NJW 2004, 1738.

93 *Artz*, in: MüKo BGB (Fn. 25), § 559 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2.3. Vorrang nachhaltiger Alternativen durch *default rules*

Ob die Konzeption von *default rules* noch der Idealvorstellung eines *freiwilligen* Verhaltens entspricht, lässt sich wie dargestellt durchaus anzweifeln. Will man den Gedanken für das Vertragsrecht dennoch weiterverfolgen, so bietet bspw. die Initiative eines *right to repairs*[94] einen gedanklichen Ansatzpunkt für ein Nachhaltigkeits-Nudging durch *default rules*. Denkt man hier konsequent weiter, ließe sich – zusätzlich oder alternativ – über einen generellen Vorrang von Reparaturen gegenüber der Nachlieferung bzw. Neuherstellung nachdenken (*primacy of repair*). Steht die Wahl zwischen Nachbesserung und Nachlieferung bzw. Neuherstellung *de lege lata* dem Käufer (§ 439 Abs. 1 BGB) und dem Unternehmer (§ 635 Abs. 1 BGB) zu, so ließe sich diese Wahlmöglichkeit gerade im Kaufrecht anpassen: Wählt der Käufer nicht ausdrücklich die Nachlieferung, so ist der Verkäufer zur Nachbesserung verpflichtet. Freilich wird eine Vielzahl von Käufern im Rahmen eines Nacherfüllungsverlangens nicht die „Nacherfüllung" verlangen, sondern laienmäßig entweder die „Reparatur" oder die „Neulieferung" und eine solche Wahl – wenn auch unbeabsichtigt – vornehmen. Dennoch könnte die *default rule* in Einzelfällen zu einer Reparatur der mangelhaften Sache anstatt der weniger nachhaltigen Neulieferung[95] führen.

E. Fazit

Der Beitrag hat gezeigt, dass Nudging-Instrumente als Puzzleteil eines nachhaltigeren Privatrechts nicht gänzlich ungeeignet sind. Sie können

---

94 Vgl. dazu auf europäischer Ebene Europäische Kommission, A new Circular Economy Action Plan, COM(2020) 98 final, Punkt 2.2., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1583933814386&uri=COM:2020:98:FIN>; auf nationaler Ebene vgl. den Koalitionsvertrag 2021-2025, S. 89, <https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf>; *H.-W. Micklitz et al.*, Recht auf Reparatur, Veröffentlichungen des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, September 2022, <https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_Policy-Brief_Recht-auf-Reparatur.pdf>; vgl. auch *U. Neumayr*, Ein neues Right to Repair – Bestehende Regelungen und Alternativen de lege ferenda, in: Klever/Schiestl et al (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Privatrecht, Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2022, Baden-Baden/Wien 2023 [in diesem Buch], S. 97 ff.; *S. Schwamberger*, Die Ersatzlieferung durch „refurbished goods", Zugleich ein Beitrag zur Möglichkeit der ökologischen Auslegung des europäischen Kaufrechts, in: Klever/Schiestl et al [in diesem Buch], S. 121 ff..

95 Vgl. zur Ersatzlieferung aus ökologischer Sicht *Bach/Kieninger*, Ökologische Analyse (Fn. 3), 1088 (1094 m.w.N.).

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jedenfalls als Vorstufe eines Privatrechts fungieren, durch das der Gesetzgeber Nachhaltigkeit gezwungenermaßen „verordnen“ will. Entscheidend für den tatsächlichen Wirkungsgrad von Nudges ist dabei deren zielgenauer Zuschnitt, sowohl im Hinblick auf angesprochenen Personenkreis, den Ausgleich mit dem Grundsatz der Privatautonomie als auch die inhaltliche Ausgestaltung. Dass Nudging dabei in der um Privatrecht und Nachhaltigkeit geführten Debatte kein Allheilmittel darstellt, wurde bereits angekündigt und sollte im Verlauf des Beitrags ebenfalls deutlich geworden sein. Dennoch lässt sich nicht von vornherein ausschließen, dass diese Maßnahmen private Akteure nicht doch zu einem nachhaltigeren Verhalten veranlassen könnten. Und angesichts der mit großer Wahrscheinlichkeit existenziellen Bedeutung, die der Nachhaltigkeit unseres Verhaltens in Zukunft zukommen wird, besitzt ein altes Sprichwort dann ganz sicher weiterhin Gültigkeit: „Kleinvieh macht auch Mist“.

https://doi.org/10.5771/9783748935476-39 - am 29.12.2025, 14:01:18. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -