

# Gelenkter Wille - Das Nudging-Konzept zwischen Selbstbestimmungsfreiheit und Rechtsstaatsprinzip

Cédric Van Innis, Rostock

Spätestens seit der Veröffentlichung der Monografie „Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt“<sup>1</sup> von Richard Thaler und Cass Sunstein wird Nudging kontrovers aus verschiedenen Fachrichtungen diskutiert. Nudging (auf Deutsch: „Anstupsen“) ist ein modernes psychologisches Instrument, mit dem Menschen unter Ausnutzung ihres Spieltriebs dazu gebracht werden, ihr Verhalten ohne Zwangseinwirkung zu verändern. Die Adressaten der Maßnahmen sollen sich beispielsweise gesünder ernähren, mehr Geld für das Alter zurücklegen oder ihre Bereitschaft zur Organspende erhöhen. Zweifelhaft ist jedoch, wie diese Änderungen des Verhaltens und des Willens mit der im Grundgesetz verankerten Vorstellung eines selbstbestimmten und autonomen Menschen vereinbar sein können. Dieser Fragestellung widmet sich Friederike Simone Kunzendorf in ihrer 2021 bei Mohr Siebeck erschienenen Dissertation, die von Professor Dr. Dr. Udo Di Fabio an der Universität Bonn betreut worden ist.

Ausgangspunkt des Buches bildet die Darstellung des klassischen wirtschaftswissenschaftlichen Modells des homo oeconomicus („Wirtschaftsmensch“). Demnach handeln Menschen stets rational, besitzen selbst gebildete und stabile Präferenzen und versuchen, ihren eigenen Nutzen zu maximieren. Allerdings konnten Erkenntnisse der volkswirtschaftlichen Disziplin der Verhaltensökonomie belegen, dass dieses Modell strukturelle Schwächen hat. Vielmehr agieren Menschen nur begrenzt rational, treffen aufgrund von Willensschwäche und Trägheit Entscheidungen, die nicht ihren eigenen Langzeitpräferenzen entsprechen und verhalten sich teilweise sogar altruistisch. Diese und weitere Abweichungen vom homo oeconomicus nutzt das Nudging bewusst (aus), um das Verhalten der Adressaten zu steuern, ohne Auswahloptionen imperativ abzuschneiden. Werden etwa in einer Mensa gesunde Mahlzeiten bewusst auffällig platziert, zählt dies als Nudge – die ungesunden Alternativen einfach nicht mehr anzubieten hingegen nicht.

Im Gegensatz zu Ge- und Verboten oder Lenkungssteuern beeinflusst Nudging jedoch nicht nur das Verhalten, sondern kann auch die Präferenzen des Adressaten verändern. Mithin wirkt dieses Instrument primär unbewusst auf Willensbildung und Selbstbestimmung ein. Durch einen erfolgreichen Nudge ändert der Adressat also

sein Verhalten, ohne dass ihm bewusst ist, dass er sich ohne diesen nicht für seine Handlung entschieden hätte. Anders ausgedrückt beschneidet Nudging im Gegensatz zu klassischen Instrumenten der Verhaltenslenkung nicht die „äußere“, sondern die „innere“ Freiheit der Menschen. Wird ein Adressat dahingehend beeinflusst, dass er eine Handlung nicht mehr vornehmen will, wäre das Verbot derselben Handlung hinfällig. Dies verdeutlicht, dass ohne „innere“ Freiheit die nach außen gerichtete Handlungsfreiheit obsolet wird. Ein Grundrechtsschutz der „inneren“ Freiheit ist daher unerlässlich.

Im Folgenden tastet die Autorin sehr sorgsam ab, welches Grundrecht vor dieser staatlichen Beeinflussung des Willens schützt. Zutreffend sieht sie die Menschenwürdegarantie in Art. 1 Abs. 1 GG nicht als sedes materiae an. Auch die Meinungs- und Gewissensfreiheit schütze nur vor einzelnen Nudges. Vielmehr erkennt sie – wie zuvor bereits andere Autoren – das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG als den Ort, an dem die Verfassung den inneren Willen der Bürgerinnen und Bürger schützt.

Ab welchem Punkt die Wirkungsweisen des Nudgings Eingriffscharakter in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewinnen, ist jedoch noch nicht geklärt. Eine pauschale Erheblichkeitsschwelle als Kriterium für die Begründung oder Ablehnung eines Eingriffs erscheint bedenklich. Dies könnte dazu führen, dass der Staat bewusst auf weiche Regulierungsinstrumente ausweicht, um sich der Grundrechtsbindung zu entziehen. Ferner kann die rein subjektiv empfundene Persönlichkeitsrelevanz einer Nudging-Maßnahme nicht hinreichend durch eine abstrakt festgelegte Schwelle bestimmt werden. Kunzendorf wählt daher als Kriterien die Finalität und den Transparenzgehalt eines Nudges: Je zielgerichteter und schwerer wahrnehmbar der Hoheitsträger auf den Willen der Adressaten einwirkt, desto eher liegt ein Grundrechtseingriff vor.

Allein die Qualifizierung der meisten Nudges als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht reicht jedoch nicht zur Feststellung deren Verfassungswidrigkeit aus. Dies beurteilt sich vielmehr nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Zunächst diskutiert Kunzendorf präzise, ob das dem Nudging zugrunde liegende Konzept des „libertären Paternalismus“ zur Steigerung der Selbstbestimmungsfreiheit ein legitimes Ziel für einen Eingriff darstellt. Diese Sonderform des Paternalismus baut auf den Erkenntnissen der Verhaltensökonomie, insbesondere den kognitiven Verzerrungen, auf. Der

<sup>1</sup> Thaler/Sunstein, Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009.

paternalistische Aspekt dieser neuen Strömung besteht laut Thaler und Sunstein darin, dass die Menschen – zum Beispiel durch den Einsatz von Nudges – in eine „bessere“ Richtung gelenkt werden sollen. Andererseits soll diese Art des Paternalismus „libertär“ sein, weil die Instrumente auf Freiwilligkeit beruhen. Bei der Bewertung dieses rechtsphilosophischen Konzepts gelangt Kunzendorf zum Schluss, dass ein Instrument, welches die Willensbildung der Menschen einschränkt, um sie in eine „bessere“ Richtung zu lenken, nicht mit den Freiheitsgrundrechten des Grundgesetzes vereinbar sein kann. Nudges müssen daher zu ihrer Rechtfertigung einem legitimen Gemeinwohlziel dienen und nicht den Adressaten vermeintlich vor sich selbst schützen. Im Rahmen der Erforderlichkeit stellt Kunzendorf das Nudging staatlichen Ge- und Verboten sowie staatlichem Informationshandeln gegenüber. Hierbei wird der unterschiedliche Ansatz von Nudging erneut deutlich. Obwohl imperative Steuerungsmaßnahmen die „äußere“ Freiheit am stärksten beschneiden, wirken sie im Gegensatz zum Nudging nicht in die „innere“ Autonomie und Freiheit der Bürgerinnen und Bürger ein.

Im abschließenden Prüfungsschritt der Angemessenheit gelangt Kunzendorf zum Ergebnis, dass die Steigerung der Transparenz das beste Mittel sei, um verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Nudging zu mindern. Nur so kann ein Adressat zunächst Kenntnis über den staatlichen Beeinflussungsversuch erlangen und sich anschließend für oder gegen die Lenkungsintention entscheiden. Ob eine Erhöhung der Transparenz zu einer Minderung der Wirksamkeit führt, ist in der psychologischen Forschung umstritten.

In einer Gesamtschau lässt sich jedoch aufgrund der Vielzahl der Formen und Ziele von Nudging, auch bei gegebener Transparenz, nicht pauschal beantworten, ob ein Nudge im Einzelfall ein angemessenes Mittel zur Verhaltensbeeinflussung darstellt oder nicht.

Zum Ende erweitert Kunzendorf die Perspektive, indem sie sich dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes widmet. Wird die Präferenzordnung einer Person durch einen erfolgreich installierten Nudge verändert, wird sie die Beeinflussung der Willensbildung kaum bemerken können. Daher wird trotz eines Grundrechtseingriffs in den meisten Fällen kein Rechtsschutz gesucht werden, was aufgrund des Gebots eines effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG problematisch werden könnte. Kunzendorf legt dar, weshalb ein Verweis auf Verbandsklagen in einem von Individualrechtsschutz geprägten System nicht ausreichend ist. Stattdessen fordert sie erneut eine Steigerung der Transparenz von Nudges, damit die Willensbeeinflussung von den Adressaten selbst erkannt werden kann. Denkbar wäre zudem die Beteiligung von Verbraucherschützern in Verwaltungsverfahren oder ein Gremium, das die Umsetzung verdeckter Nudges überwacht.

Zusammenfassend vertritt Kunzendorf eine ambivalente Sicht auf das Nudging. Obwohl das Instrument insbesondere dabei unterstützen könnte, die überforderten Sozialsysteme zu entlasten, akzeptiert es im Gegensatz

zu klassischen Verfahren der Verhaltenslenkung die Selbstbestimmung und innere Autonomie der Adressaten nicht. Insbesondere die mangelnde Transparenz stellt für Kunzendorf ein großes Problem dar. Insgesamt reiht sie sich in die vorherrschende kritische Sichtweise der deutschen Literatur ein.

Nudging ist eine moderne und effiziente Form des Verwaltungshandelns, dessen Verständnis Kenntnisse der (Verhaltens-)Ökonomie, der Psychologie und der Rechtswissenschaft erfordert. Diese praktische Relevanz und die dahinterliegende interdisziplinäre Theorie machen das Themengebiet besonders reizvoll. Kunzendorf kombiniert die verschiedenen Wissenschaften eindrucksvoll und anschaulich, ohne die empirischen Ergebnisse der Verhaltensökonomie auf die Rechtswissenschaft zu übertragen und somit einem Sein-Sollen-Fehlschluss zu unterliegen. Das komplexe Thema des Nudgings wird ganzheitlich und differenziert betrachtet und obwohl die Dissertation eher abstrakt gehalten wird, ist sie angenehm zu lesen. In der deutschsprachigen Literatur zum Thema Nudging hebt sich die Dissertation durch die präzise und vielschichtige Erläuterung der Beeinflussung von Willensbildung und Selbstbestimmung durch Nudging von anderen Werken ab. Zusammenfassend ist „Gelenkter Wille – Das Nudging-Konzept zwischen Selbstbestimmungsfreiheit und Rechtsstaatsprinzip“ für jeden Leser bereichernd, der an modernen Möglichkeiten des Verwaltungshandelns oder allgemeiner an Verhaltensökonomie, Psychologie und Verfassungsrecht interessiert ist.

Friederike Simone Kunzendorf

Gelenkter Wille

Das Nudging-Konzept zwischen Selbstbestimmungsfreiheit und Rechtsstaatsprinzip

2021

307 Seiten

Mohr Siebeck Verlag

94,00 €

ISBN 978-3-16-160054-8