

QUIRIN WEINZIERL

Dark Patterns und  
die innere Sphäre  
der Grundrechte

*Internet und Gesellschaft*

36

---

**Mohr Siebeck**

Internet und Gesellschaft  
Schriften des Alexander von Humboldt Institut  
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von

Jeanette Hofmann, Matthias C. Kettemann,  
Björn Scheuermann, Thomas Schildhauer  
und Wolfgang Schulz

36





Quirin Weinzierl

# Dark Patterns und die innere Sphäre der Grundrechte

Grundrechtlicher Schutz vor dem Ausnutzen  
von Rationalitätsdefiziten

Mohr Siebeck

*Quirin Weinzierl*, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft, Ludwig-Maximilians-Universität München, Yale Law School und Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer (Promotion); Lehrbeauftragter, Ludwig-Maximilians-Universität München; Rechtsreferendariat, Oberlandesgericht München, Stationen u.a. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer; Gastwissenschaftler, Norwegian Research Center for Computers and Law (NRCCCL); Politischer Berater, Kabinett der Vizepräsidentin des Europäischen Parlaments, Dr. Katarina Barley, Bundesministerin der Justiz, a.D.; 2023 Promotion.

Open Access gefördert durch den Fachinformationsdienst (FID) interdisziplinäre Rechtsforschung in Berlin.

Diss. Universität Speyer 2023.

ISBN 978-3-16-163428-4 / eISBN 978-3-16-163429-1

DOI 10.1628/978-3-16-163429-1

ISSN 2199-0344 / eISSN 2569-4081 (Internet und Gesellschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2024. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

© Quirin Weinzierl

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von epline in Bodelshausen aus der Minion gesetzt.

*Meinen Eltern*  
*Anni Luise Irmgard Brigitte Weinzierl, geb. Riedle*  
*und*  
*Dr. Armin Weinzierl (1951–1996)*



## Vorwort

Die Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2022/2023 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind – mit Ausnahme vereinzelter späterer Veröffentlichungen – bis zum März 2023 berücksichtigt.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Prof. Dr. Mario Martini, für seine nunmehr 15 Jahre währende Unterstützung und Förderungen, für akademische Freiheit und Rigorosität ebenso wie für die persönliche Begleitung. Prof. Dr. Constanze Janda danke ich für die unglaublich zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Den Herausgeber:innen der Schriftenreihe *Internet und Gesellschaft* danke ich herzlich für die Aufnahme. Dem Fachinformationsdienst für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung (intR)<sup>2</sup> danke ich für die gewährte Open-Access-Förderung.

Meine Promotions- und Forschungszeit am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (FÖV) und am Norwegian Research Center for Computers and Law (NRCCL) war eine immerwährende Bereicherung. Besonders danke ich meinen Kolleg:innen und Freunden Dr. Jonas Botta, Prof. Samson Yoseph Esayas, Ph.D., Dr. Thomas Kienle, Michael Kolain, Dr. Jan Mysegades, Paul Seeliger, Prof. Luca Tosoni, Ph.D., David Wagner, meinem Team im Dark Patterns Detection Project (*dapde*) sowie den Mitarbeitenden des Programmbereichs Digitalisierung am FÖV. Zu besonderem Dank verpflichtet bin ich zudem Prof. Tobias Mahler, Ph.D., und Prof. Lee Bygrave, Ph.D., für die herzliche Aufnahme am NRCCL. Ebenso danke ich Beate Bukowski und Ulrike Urbanek für die Hilfe bei der Erstellung dieser Arbeit.

Meiner Mutter und meiner Schwester wie meinem Schwager möchte ich von Herzen für ihre Unterstützung während aller Phasen meines (nicht nur) akademischen Werdegangs danken. Meiner Partnerin Catherine und ihrer Familie danke ich für ihre liebevolle Begleitung. Nicht zuletzt bin ich meinen Freunden, die mich auf meinem Weg begleitet haben, unendlich dankbar – in München, New Haven, Oslo, Berlin, Brüssel, Buenos Aires und anderswo.

Brüssel, im Dezember 2023

Quirin Weinzierl



## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Einleitung: Einem neuen Steuerungsmittel auf der Spur .....	1
Erster Teil: Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten als Steuerungsmittel.....	7
§ 1 Erfassung des Steuerungsmittels .....	7
Zweiter Teil: Grundrechtlicher Rahmen .....	55
§ 2 Abwehrrecht für die innere Sphäre der Grundrechte .....	56
§ 3 Schutzpflicht für die innere Sphäre der Grundrechte .....	139
§ 4 Grundrechtsschutz für Übergriffe in die innere Sphäre der Grundrechte .....	160
Dritter Teil: Konkordanzbildung mit Blick auf Dark Patterns ....	189
§ 5 Kontrollnorm: Untermaß des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte .....	190
§ 6 Handlungsnorm: Optimierung des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte .....	221
Zusammenfassung .....	257
Literaturverzeichnis .....	267
Stichwortregister .....	297



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Einleitung: Einem neuen Steuerungsmittel auf der Spur .....	1
A. Entscheidungsumgebungen – Ein wirkmächtiges Steuerungsmittel ...	1
I. Einsatz durch den Staat: Widerspruchslösung bei Organspende ..	1
II. Einsatz durch Private: Dark Patterns .....	2
B. Steuerungsmittel losgelöst von seinem Zweck .....	3
C. Forschungsfrage und Aufbau der Arbeit .....	4
Erster Teil: Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten als Steuerungsmittel.....	7
§ 1 Einfassung des Steuerungsmittels .....	7
A. Entscheidungslenkung aus verhaltensökonomischer Sicht .....	7
I. Ökonomisches Modell rationalen Entscheidens .....	7
1. Rational Choice und Expected Utility Theory .....	8
2. Rationalitätserwartung .....	10
II. Verhaltensökonomische Rationalitätsdefizite – Begrenzte Rationalität .....	11
1. Rationale Irrationalität (Bounded Rationality i. e. S.) .....	11
2. Rationalitätsdefizite (Bounded Rationality i. w. S.).....	12
a) Empirische Widerlegung des RCT-Modells .....	12
b) Rationalitätsdefizite: Urteils- und Entscheidungsfehler .....	13
aa) Urteilsfehler .....	13
bb) Entscheidungsfehler .....	14
c) Präferenzen .....	16
d) Weitere Rationalitätsdefizite .....	17
3. ‚Interne‘ und ‚externe‘ Kritik der Kritik .....	17
III. Entscheidungslenkung: Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten ...	18

1. Ausnutzen durch Vorhersehbarkeit („Predictably Irrational“)	19
2. Konzept des Ausnutzens	20
3. Ausnutzen in der Praxis	22
a) Staatliches Ausnutzen – Beispiel Organspende	22
b) Privates Ausnutzen – Beispiel Vertrags- und Preisgestaltung	23
IV. Abgrenzung zu anderen Steuerungsmitteln	23
1. Zwang und Umweltveränderung	24
2. Anreiz, insbesondere Normbefehl	25
3. Information und Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten	27
a) Information	27
b) Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten	28
V. Entscheidungslenkung am Beispiel „Dark Patterns“	29
1. Definition von Dark Patterns	29
2. Dark Patterns im verhaltensökonomischen Licht	32
a) Dark Patterns und Rationalitätsdefizite	32
b) Möglichkeit des Ausnutzens – Gezieltes Testen	33
c) Wirksamkeit	34
B. Entscheidungslenkung, Autonomie und Paternalismus	35
I. (Prozess-)Autonomie	35
1. Maßstab: Ideale Autonomie	35
2. Bestimmung idealer Autonomie	37
a) Konsequentialistischer, insbesondere utilitaristischer, Kompetenzansatz	37
b) Deontologischer Authentizitätsansatz	38
3. Ausnutzen und Autonomie	39
a) Nach dem Kompetenzansatz	39
b) Nach dem Authentizitätsansatz	40
II. Paternalismus	41
1. Definition von Paternalismus	41
2. Harter, weicher und liberaler Paternalismus	41
a) Unterscheidung nach Zweck: Hart und weich	42
b) Unterscheidung nach Mittel: Liberal und anti-liberal	43
3. Ausnutzen und Paternalismus	43
C. Marktversagen und Rationalitätsdefizite	44
I. Der Marktmechanismus	44
II. Marktversagen aus ökonomischer Sicht	45
1. Vorliegen eines Marktversagens bei Dark Patterns	45
a) Ineffiziente Verteilung	46
b) Keine Bereinigung durch den Markt	46
2. Kein klassischer Fall von Marktversagen – „Behavioral Market Failure“	48

III. Marktversagen und Regulierung .....	49
1. Effizienz als ökonomische Rechtfertigung von Regulierung ...	49
2. Regulierung des behavioristischen Marktversagens .....	50
D. Zusammenschau des § 1 .....	51
Zweiter Teil: Grundrechtlicher Rahmen .....	55
§ 2 Abwehrrecht für die innere Sphäre der Grundrechte .....	56
A. Vorab: Freiheitsrechte als Abwehrrechte ( <i>status negativus</i> ) .....	56
B. Schutz des Entscheidungsprozesses (innere Sphäre) .....	58
I. Hintergrund: Menschenbild des Grundgesetzes .....	58
1. Ideelles Menschenbild des Grundgesetzes .....	59
a) Individuelle Komponente .....	59
b) Kollektive Komponente .....	61
c) Menschenbild als ideelles Bild .....	61
2. (Verhaltens-)Ökonomische Reflexion .....	62
3. Zwischenergebnis .....	63
II. Abwehrrechtlicher Schutz der inneren Sphäre .....	63
1. Grundsätzlich: Äußere Sphäre als Schutzgegenstand .....	64
2. Schutz der inneren Sphäre? .....	65
a) Schutz nur im Rahmen einzelner Kontexte? .....	66
b) Genereller Schutz .....	67
3. Zwischenergebnis .....	69
III. Rechtliche Verortung des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte .....	69
1. Verortung in einem speziellen Grundrecht? .....	69
a) In der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)? .....	70
b) Im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)? .....	71
c) In der freien Entfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG)? .....	73
d) In einheitlichem, neuem Grundrecht? .....	73
2. Schutz durch jedes (Freiheits-)Grundrecht .....	74
a) Die Innendimension der (Freiheits-)Grundrechte .....	74
b) Schutz „i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG“? .....	77
3. Zwischenergebnis .....	78
IV. Inhalt und Umfang des Rechts .....	78
1. Präferenzautonomie: Recht auf Werte und Überzeugungen ...	78
2. Prozessautonomie: Recht auf Entscheidungsfindung .....	80
a) Verfassungsrechtliche Herleitung .....	80
b) (Verhaltens-)ökonomische Einordnung .....	81

3. Zwischenergebnis: Schutz der Unbeeinflusstheit, nicht der Rationalität! .....	82
V. Grenzen des Schutzes .....	83
1. Extern: Einbettung und Gemeinschaftsbezogenheit .....	83
2. Intern: Voraussetzungen der Schutzwürdigkeit .....	84
a) Notwendigkeit voller Autonomie/Rationalität? .....	84
b) Voraussetzung innerer Autonomie: Natürlicher Wille .....	85
c) Teilweise anders: BVerfG zu Suizidhilfe? .....	86
3. Zwischenergebnis .....	87
VI. Abgrenzungen .....	88
1. Äußere Freiheit .....	88
2. Integritätsinteressen .....	89
VII. Ergebnis .....	90
C. Eingriffe in die innere Sphäre der Grundrechte .....	91
I. Nach dem klassischen Eingriffsbegriff? .....	92
II. Nach dem modernen Eingriffsbegriff .....	93
1. Moderner Eingriff(-sbegriff) .....	94
2. Direkter Eingriff in die innere Sphäre .....	95
a) Grundsätzlich .....	95
b) Im Einzelnen .....	96
aa) Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten .....	96
bb) Information .....	97
3. Einwirken als Zugewinn an Freiheit? .....	98
a) Individuelle Freiheitserweiterung nach Schutzgut der inneren Sphäre? .....	98
b) Überindividueller Ordnungszielansatz? .....	99
aa) Vorhandene Ansätze .....	100
bb) Kritik .....	101
4. Zwischenergebnis .....	102
III. Einschränkungen des weiten, modernen Eingriffsverständnisses? .....	103
1. Allgemeine Einschränkungen? .....	103
a) Ausschluss ‚offener‘ Einflüsse? .....	104
b) Unvermeidbarkeit von Steuerung? .....	106
2. Für finale Eingriffe .....	106
a) Finalität genügt für Eingriff .....	107
b) Vorliegen von Finalität .....	107
3. Für nicht-finale Eingriffe: Wirkungsschwelle .....	108
a) Intensitätsschwelle? .....	108
aa) Grundsätzliche Einwände gegen Intensitätsschwelle ...	109
bb) Besonderheiten bei dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten? .....	109

b) Steuerungswirkung zur Eingriffsermittlung .....	111
aa) Das Wissensproblem .....	112
bb) Quantitativ: Empirische Steuerungsermittlung .....	112
cc) Qualitativ: Typisierende Steuerungsermittlung .....	113
dd) Annahmenbildung .....	114
4. Zwischenergebnis .....	115
IV. Ergebnis .....	116
D. Rechtfertigung .....	117
I. Zentral: Betrachtung des Mittels, nicht des Zwecks .....	117
II. Rechtfertigbarkeit von Eingriffen in die innere Sphäre .....	118
1. Grundsätzliche Rechtfertigbarkeit .....	118
2. Ausnahmen – Absoluter Schutz der inneren Sphäre? .....	119
a) Durch die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) .....	119
aa) Objektformel .....	119
bb) (Objekt-)Subjektformel .....	121
b) Durch die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) .....	124
c) Nur ausnahmsweise absoluter Schutz .....	126
III. Materielle Rechtfertigung .....	126
1. Verhältnismäßigkeit .....	126
a) Legitimität des Zwecks und Ziels .....	127
b) Geeignetheit .....	128
c) Erforderlichkeit .....	129
aa) Keine pauschale Beurteilung .....	129
bb) Inter-sphärischer Mittelvergleich .....	130
d) Angemessenheit .....	132
2. Vorbehalt des Gesetzes .....	134
IV. Formelle Rechtfertigung .....	135
V. Ergebnis .....	136
E. Zusammenschau des § 2 .....	137
§ 3 Schutzpflicht für die innere Sphäre der Grundrechte .....	139
A. Vorab: Freiheitsrechte als Leistungsrecht .....	139
I. Schutzpflicht ( <i>status positivus libertatis</i> ) .....	140
II. (Echtes) Leistungsrecht ( <i>status positivus socialis</i> ) .....	140
III. Bereitstellungspflicht ( <i>status activus</i> ) .....	141
IV. Einordnung .....	142
B. Schutzpflicht für den Entscheidungsprozess .....	143
I. Schutz der äußeren Sphäre der Grundrechte .....	143
1. Schutz vor Zwang/Umweltveränderung .....	144
2. Schutz vor Anreiz .....	144

a) Grundsätzlich zur Schutzpflicht .....	145
b) Einordnung: Rechtskreisbewahrend oder -erweiternd? ....	147
c) Ökonomisch: Marktversagen als Schutzpflichtaktivierung ..	148
3. Zwischenergebnis .....	149
II. Schutz der inneren Sphäre der Grundrechte .....	149
1. Begründung der Schutzpflicht .....	149
a) Herleitung .....	149
b) Inhalt: Schutz vor Fremdbestimmung, nicht zur Rationalität	151
2. Ökonomisch: Schutzpflicht bei „Behavioral Market Failure“ ..	152
III. Ergebnis .....	153
C. (Weitere) Grundrechte auf Seite der Nutzer:innen .....	154
I. Von Schutz betroffene Schutzbereiche .....	154
II. Eingriff durch Schutz .....	155
1. Eingriff hinsichtlich aller Nutzer:innen: Allgemeine negative Effekte .....	155
2. Sonderfall: Überschießende Wirkung (False Positives) .....	156
3. Anscheinend anders das BVerfG .....	157
III. Ergebnis .....	158
D. Zusammenschau des § 3 .....	158
§ 4 Grundrechtsschutz für Übergriffe in die innere Sphäre der Grundrechte .....	160
A. Grundrechtsschutz von Entscheidungsarchitekturen .....	160
I. Allgemeine Einschränkung des Schutzbereichs? .....	161
1. Gemeinwohlklausel? .....	161
2. Gewaltverbot .....	163
3. Menschenwürde .....	165
4. Zwischenergebnis .....	165
II. Schutzbereichseröffnung im Einzelnen .....	166
1. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) .....	166
a) Inhalt: „Meinung“ .....	166
b) Medium: „Wort, Schrift, Bild“ .....	168
c) Mittel: „äußern und verbreiten“ .....	168
aa) Schutz innerer Wirkungen .....	168
bb) Grenzen der inneren Wirkungen .....	169
cc) Erfasste Dark Patterns .....	171
2. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) .....	171
3. Allgemeine Handlungsfreiheit, inklusive Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) .....	173
III. Ökonomische Bewertung .....	174
IV. Ergebnis .....	175

B.	Eingriff durch Unterbindung sowie durch De-Biasing .....	176
I.	Direkt durch Unterbindung .....	176
II.	Indirekt durch De-Biasing .....	177
1.	Staatliche Information als Grundrechtseingriffe für indirekt Betroffene .....	178
2.	Staatliches De-Biasing als Grundrechtseingriff für indirekt Betroffene .....	180
III.	Ergebnis .....	181
C.	Rechtfertigung .....	181
I.	Besondere Voraussetzungen einzelner Grundrechte .....	182
1.	Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 2 GG) .....	182
a)	Nicht gegen bestimmte Meinung gerichtet .....	183
b)	Legitimes Schutzziel .....	183
2.	Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) .....	184
3.	Allgemeine Handlungsfreiheit, inklusive Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) .....	185
II.	Verhältnismäßigkeit .....	185
III.	Ergebnis .....	186
D.	Zusammenschau des § 4 .....	186
Dritter Teil: Konkordanzbildung mit Blick auf Dark Patterns ....		189
§ 5 Kontrollnorm: Untermaß des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte .....		190
A.	Konkordanz als Kontrollnorm .....	190
B.	Auslösen der Kontrollnorm .....	191
I.	Erfordernis hinreichender Gefährdungslage .....	191
II.	Auslösen mit Blick auf Dark Patterns .....	193
C.	Bestimmung des Mindestschutzmaßes für die innere Sphäre der Grundrechte .....	193
I.	Allgemeine Erwägungen .....	194
II.	Skala des Grads der Entscheidungsautonomie .....	194
1.	Unterer Schutzbereich .....	194
2.	Mittlerer Schutzbereich .....	195
3.	Oberer Schutzbereich .....	195
III.	Ergebnis .....	196
D.	Erreichen des Mindestschutzmaßes in einzelnen Regelungsbereichen	196
I.	Datenschutzrecht (DSGVO, TTDSG) .....	197
1.	Mindestschutzmaß im Datenschutzrecht .....	198

2.	Überprüfung des Datenschutzrechts	198
a)	Einwilligungsvoraussetzungen (Art. 4 Nr. 11 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG])	199
aa)	Freiwilligkeit	199
bb)	Informiertheit	201
cc)	Unmissverständlichkeit	203
b)	Widerrufsrecht (Art. 7 Abs. 3 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG])	204
c)	Data Protection by Default und Data Protection by Design (Art. 25 Abs. 2 und Abs. 1 DSGVO)	205
3.	Verhaltensökonomisch informierte Auslegung des Datenschutzrechts	206
II.	Lauterkeitsrecht (UWG, UGP-RL)	207
1.	Mindestschutzmaß im Lauterkeitsrecht	207
2.	Überprüfung des Lauterkeitsrechts	208
a)	Irreführungsverbot (§ 5 UWG)	208
b)	Verbot der aggressiven geschäftlichen Handlung (§ 4a UWG)	209
3.	Verhaltensökonomisch informierte, verfassungskonforme Auslegung des Lauterkeitsrechts	210
III.	Allgemeines Vertragsrecht – insbesondere § 123 Abs. 1 BGB	211
1.	Mindestschutzmaß im Vertragsrecht	212
2.	Überprüfung des Vertragsrechts	212
3.	Verhaltensökonomisch informierte, verfassungskonforme Auslegung des Vertragsrechts	213
IV.	Exkurs: Gesetze über digitale Dienste (DSA) und über digitale Märkte (DMA)	214
1.	Gesetz über digitale Dienste (DSA)	214
2.	Gesetz über digitale Märkte (DMA)	216
3.	Weiter gehende Implikationen des Gesetzes über digitale Dienste	216
E.	Kritik des Regelungsmodells	217
F.	Zusammenschau des § 5	218
§ 6	Handlungsnorm: Optimierung des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte	221
A.	Konkordanz als Handlungsnorm	221
B.	Zu optimierende Grundrechtspositionen	221
I.	Übergreif in die innere Sphäre – Schutzrecht der Betroffenen	222
II.	Schutzeingriff – Grundrechte der Verwender:innen	222

III. Eingriff durch Schutzmaßnahmen – Abwehrrechte der Geschützten .....	223
IV. Ergebnis .....	224
C. Verfassungsökonomische Bewertung .....	224
I. Modell zur Bewertung des Erwartungsnutzens einer Intervention	225
1. Ausgangslage: Entscheidung unter stark wirkenden Dark Patterns .....	225
a) Voll-präferenzgerechte Entscheidungen .....	226
b) Einfluss starker Dark Patterns .....	227
2. Eliminieren einer Option: Verbot von Cookies .....	228
3. Erweiterung: Symmetrische und asymmetrische Erschwerung einer Option .....	229
4. Frustrations- und Interventionskosten .....	231
5. Gesamtnutzen der Intervention .....	233
II. Bewertung .....	234
1. Grundsätzlich zur verfassungsökonomischen Bewertung .....	234
2. Hilfreiche Ableitungen .....	235
D. Anwendung auf den Schutz vor Dark Patterns .....	236
I. ‚Klassischer‘ Kanon: Strategien im Umgang mit Rationalitätsdefiziten .....	237
1. Äußere Strategien .....	237
2. Innere Strategien .....	238
3. Bewertung .....	240
II. Neuer Kanon: Strategien gegen das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten .....	240
1. Transparenz .....	241
2. Verbot von Dark Patterns bzw. des Ausnutzens von Entscheidungsschwächen .....	242
a) Gestaltungsvarianten .....	242
b) Bewertung .....	243
3. Weitere Vorgaben zur Entscheidungsgestaltung .....	244
a) Gewisse Designs unterbinden bzw. vorgeben .....	244
b) Begrenzung der Wirkungsstärke .....	245
c) Begrenzung der Einwirkungsrichtung .....	246
d) Neutralitäts- bzw. Fairness-by-Design-Pflicht .....	247
e) Bewertung .....	248
4. Vorfeldschutz .....	249
a) Begrenzung von A/B-Tests; Test-Repositoryen; Informationsanspruch .....	249
b) Regulierung verwendeter KI-Systeme .....	250
5. Aufhebung der Entscheidung .....	251

III. Handlungsempfehlungen für den Schutz vor Dark Patterns . . . . .	252
E. Zusammenschau des § 6 . . . . .	255
Zusammenfassung . . . . .	257
A. (Verhaltens-)Ökonomische Einordnung des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten . . . . .	257
B. Abwehrrecht für die innere Sphäre der Grundrechte . . . . .	259
C. Schutzpflicht für die innere Sphäre der Grundrechte . . . . .	260
D. Grundrechtsschutz für Übergriffe in die innere Sphäre der Grundrechte . . . . .	261
E. Kontrollnorm: Kein hinreichender gesetzlicher Schutz vor Dark Patterns . . . . .	262
F. Handlungsnorm: Empfehlungen für den Schutz vor Dark Patterns . . .	264
G. <i>Conclusio</i> . . . . .	265
Literaturverzeichnis . . . . .	267
Stichwortregister . . . . .	297

## Abkürzungsverzeichnis

EUT	Expected Utility Theory
KI	Künstliche Intelligenz
RCT	Rational Choice Theory

Im Übrigen wird auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl. 2021, verwiesen.



## Einleitung

# Einem neuen Steuerungsmittel auf der Spur

### A. Entscheidungsumgebungen – Ein wirkmächtiges Steuerungsmittel

Nicht nur ein Ge- und Verbot, ein finanzieller Vor- und Nachteil oder gar ein physisches Hindernis bewegen den Menschen dazu, etwas zu tun oder zu lassen. Um zu beeinflussen, wie Menschen entscheiden, kann es vielmehr genügen, die Umgebung einer Entscheidung nur geringfügig zu ändern. Eine etwas anders formulierte Frage oder die Änderung einer Voreinstellung können ebenso große Effekte erzielen wie ein gesetzliches Gebot. Diese Einsicht der verhaltensökonomischen Forschung hat nicht zuletzt das Buch „Nudge – Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness“<sup>1</sup> von *Thaler/Sunstein* in das breite Bewusstsein der Politik und der Bevölkerung getragen. Grundannahme der Verhaltensökonomie ist, dass die Gestalter:innen von Entscheidungsumgebungen Schwächen im menschlichen Entscheidungsprozess gezielt ansprechen und ausnutzen können. Gestalten der Staat (unten I.) oder Private (unten II.) Entscheidungsumgebungen, vermögen sie hierdurch die Entscheidungsvorgänge und damit das Handeln anderer in eine gewünschte Richtung zu stupsen (engl. „nudgen“).

#### *I. Einsatz durch den Staat: Widerspruchslösung bei Organspende*

Die Proponent:innen des Nudging haben deutlich gemacht, dass der Staat allzu oft nicht auf Verbote angewiesen ist, um seine Ziele zu verfolgen.<sup>2</sup> Will der Staat etwa Autofahrer:innen davor bewahren, sich oder andere durch überhöhte Geschwindigkeit zu gefährden, hat er nicht nur die Möglichkeit, Geschwindigkeitsbegrenzungen zu erlassen. Er kann beispielsweise auch Hinweisschilder mit Schockbildern aufstellen, um so die Gefahren in das Bewusstsein zu rufen, die durch ein zu hohes Tempo im Straßenverkehr entstehen.<sup>3</sup> Hat der Staat das Anliegen, mehr Menschen zur Organspende zu animieren, ist er nicht darauf begrenzt, deren Bereitschaft durch Pflicht oder gewährte Vorteile zu erhöhen. Ebenso wirksam oder gar wirksamer ist es, statt einer Zustimmung- eine Wi-

---

<sup>1</sup> *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009. Nunmehr in einer überarbeiteten Fassung erschienen, ohne den zuvor verwendeten Untertitel: *dies.*, Nudge, 2021.

<sup>2</sup> *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2021, S. 179 ff.

<sup>3</sup> *Graf*, in: *Straßheim/Beck* (Hrsg.), *Behavioural Change*, 2019, S. 23, 28 ff.

derspruchslösung zu etablieren.<sup>4</sup> Letztere wirkt, da Menschen dazu neigen, die per Gesetz vorgewählte Organspender:inneneigenschaft beizubehalten – von der Abwahlwahlmöglichkeit machen sie nur selten Gebrauch.<sup>5</sup>

Dabei ist es zumeist kein Zufall, wenn der Staat sich der Entscheidungsschwächen der Menschen bedient, um sie zu lenken. Vielmehr forciert er geradezu, derartige Lenkungsmacht systematisch zu erforschen und zu nutzen<sup>6</sup> – etwa durch sog. Behavioral Insights Units<sup>7</sup>, die Erkenntnisse der Verhaltenswissenschaft im Auftrag der Exekutive auswerten.<sup>8</sup>

## II. Einsatz durch Private: Dark Patterns

Auch Akteur:innen außerhalb des politischen Betriebs haben die ‚frohe Botschaft‘ vernommen, dass sie die Entscheidungsfindung ihrer Kund:innen nicht nur durch wirtschaftlich reizvolle Angebote und überzeugende Verkaufsargumente beeinflussen können. Der Kuchen, der in der Cafeteria direkt an der Kasse platziert ist, zeigt ebenso wie Quengelware im Supermarkt, dass der analoge Handel schon lange psychologische Tricks im Repertoire hat.

Spätestens mit dem aufkommenden E-Commerce haben sich solche Verkaufsstrategien jedoch vom Bauchgefühl der guten Kauffrau oder des guten Kaufmanns zu einer empirisch untermauerten Erkenntnis gemauert. Auf Shoppingwebseiten, digitalen Plattformen und ganz allgemein bei dem Besuch von Webseiten hat sich in den letzten Jahren verstärkt der Eindruck aufgedrängt, dass das Design der Entscheidungsumgebungen nicht davon geleitet ist, den Nutzer:innen einen möglichst einfachen Seitenbesuch zu erlauben. Im Gegenteil: Das Design digitaler Angebote ließ zunehmend das Gefühl entstehen, die Anbieter:innen wollten Entscheidungen ihrer Kund:innen bewusst zu ihrem eigenen Vorteil lenken.

Beispiele hierfür finden sich gleichsam wie Sand am Meer.<sup>9</sup> Verantwortliche für Datenverarbeitungen treffen Voreinstellungen für Eingabemöglichkeiten. Countdowns bei Flugbuchungen befristeten Entscheidungen und erzeugen da-

<sup>4</sup> S. das Laborexperiment von *Dalen/Henkens*, *Soc. Sci. Med.* 106 (2014), 137 (139 ff.); im Reallabor *Johnson/Goldstein*, *Science* 302 (2003), 1338 (1338 f.); s. unten Fn. 98, 99.

<sup>5</sup> *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 2021, S. 253 ff.; *Böker*, *Nudge*, 2021, S. 144 ff.

<sup>6</sup> Vgl. etwa *OECD*, *Behavioural Insights*, 2017; *Testori Coggi*, *Behavioural Insights*, *Politico*, 13.6.2012.

<sup>7</sup> I. R. d. sog. „Behavioral Insight Approach“. Hierfür stehen die „Nudge-Unit“ in Deutschland, das EU JRC Competence Centre on Behavioural Insights, das U. S. Social and Behavioral Sciences Team sowie das britische Behavioural Insights Team. Vgl. etwa *Alemanno*, in: *Straßheim/Beck* (Hrsg.), *Behavioural Change*, 2019, S. 138, 139 ff.; *Ciriolo/Lourenco et al.*, in: *Straßheim/Beck* (Hrsg.), *Behavioural Change*, 2019, S. 101, 102 f.

<sup>8</sup> *Strassheim/Jung et al.*, in: *Antal/Hutter/Stark* (Hrsg.), *Moments of Valuation*, 2015, S. 249, 249 ff.; *Hallsworth/Kirkman*, *Behavioral Insights*, 2020, *passim*; *Hall/Jurcevic*, *Behavioral Insights*, 2022, S. 8 ff.

<sup>9</sup> Vgl. zu den Beispielen etwa *Weinzierl*, *NVwZ-Extra* 15/2020, 1 (1).

durch Entscheidungsdruck. Verweise auf die (vermeintliche) Knappheit eines Guts erzeugen ein Kaufbegehren. Hinweise auf das (vermeintliche) Verhalten anderer Nutzer:innen sprechen die Menschen als Herdentiere an. Die farbliche und sonstige graphische Gestaltung von Benutzungsoberflächen lenkt die Aufmerksamkeit der Entscheider:innen in eine bestimmte Richtung. All diese Design-Tricks haben unter dem Schlagwort *Dark Patterns* zunehmend journalistische und politische Aufmerksamkeit erlangt.<sup>10</sup>

## B. Steuerungsmittel losgelöst von seinem Zweck

Die Methode, Menschen durch die Gestaltung von Entscheidungsumgebungen zu lenken, hat viel Gegenwind erfahren. Von Bevormundung und Paternalismus ist landläufig zu hören. Die Diskussion des Nudging dreht sich bisher zumeist darum, ob der Staat verhaltenswissenschaftliche Steuerungsinstrumente trotz ihrer paternalistischen Züge einsetzen darf.<sup>11</sup> Viele sehen Vater Staat als besserwissenden Freiheitsbeschneider in einem unscheinbaren Kostüm wiedergeboren.<sup>12</sup> Die Literatur erörtert, ob es zulässig ist, Entscheider:innen durch nicht-zwingende Mittel zu besseren Entscheidungen zu bewegen und damit vor sich selbst zu schützen: Die Suche nach den Grenzen dieses „liberale[n] Paternalismus“<sup>13</sup> (oder engl. „libertarian paternalism“<sup>14</sup>) bestimmt die Debatte.

Die Beschäftigung mit dem Staat als bevormundenden ‚Nudger‘ scheint zwischenzeitlich die Sicht auf etwas anderes verstellt zu haben: Es ging verloren, dass die Befürworter:innen des Nudging allem voran ein wirkmächtiges Steuerungsmittel geschaffen bzw. offengelegt haben. Eine Vielzahl an staatlichen und privaten Anwendungsszenarien macht dies deutlich: Die Gestaltung der Entscheidungsumgebung kann Entscheidungen nicht nur – wie es dem Konzept des Nudging zugrunde liegt – zum Guten hin verändern. Sie vermag es ebenso, eine Entscheidung gegen die Interessen der Betroffenen und hin zu den Interessen der Gestalter:innen der Entscheidungsumgebung zu lenken. Dies legt einen zentralen Aspekt des Phänomens der Entscheidungsarchitekturen (*Choice Architectures*<sup>15</sup>) offen: Es ist möglich, das Mittel der Steuerung von seinem Ziel und Zweck zu trennen. Entscheidungsarchitekt:innen (*Choice Architects*<sup>16</sup>) kön-

<sup>10</sup> Smith, *Escape Dark Patterns*, *Fast Company*, 7.2.2020; Siebert, Abzocke im Internet, BILD vom 6.4.2020; s. unten § 1 A. V.

<sup>11</sup> Vgl. etwa Aaken, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 109, 133 ff.; Gerg, *Nudging*, 2019, S. 135 ff.; Böker, *Nudge*, 2021, S. 83 ff.

<sup>12</sup> Paradigmatisch etwa Böker, *Nudge*, 2021, S. 72 ff.

<sup>13</sup> Eidenmüller, *JZ* 2011, 814 (815 ff.); hierzu unten § 1 B. II. 2. b).

<sup>14</sup> Thaler/Sunstein, *Am. Econ. Rev.* 93 (2003), 175 (175 ff.); Dworkin, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia*, 2020, *Paternalism*, § 4; Thaler/Sunstein, *Nudge*, 2021, S. 6 ff.

<sup>15</sup> Thaler/Sunstein et al., in: Shafir (Hrsg.), *Behavioral Foundations*, 2013, S. 428; Kemmerer/Möllers/Steinbeis et al. (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, 2016.

<sup>16</sup> Hierzu Thaler/Sunstein, *Nudge*, 2009, S. 3 ff.; Thaler/Sunstein et al., in: Shafir (Hrsg.), *Behavioral Foundations*, 2013, S. 428, 428 ff.

nen ein und dasselbe Steuerungsmittel unabhängig von dem damit verfolgten Lenkungszweck einsetzen.

### C. Forschungsfrage und Aufbau der Arbeit

Für die althergebrachten Arten der Einflussnahme auf Einzelne – wie etwa Ge- und Verbot, Anreiz und Information – ist die Erkenntnis nicht neu, dass Mittel und Zweck in der rechtlichen Analyse getrennt zu betrachten sind. Für die Gestaltung von Entscheidungsumgebungen hingegen fehlt es bisher an einer Aufarbeitung, die das Mittel von dem Zweck trennt.<sup>17</sup> Die bisherige Diskussion zu verhaltensökonomischen Erkenntnissen und Recht (*Behavioral Law and Economics*) hat es vernachlässigt, das von ihr propagierte Steuerungsmittel selbst einer kritischen verfassungsrechtlichen Analyse zu unterziehen.

Das Phänomen der *Dark Patterns* bietet nun einen willkommenen Anlass, den rechtsökonomischen Blick zu schärfen. *Dark Patterns* lenken den Fokus weg von dem Zweck staatlicher Verhaltenssteuerung. Die Existenz von *Dark Patterns* macht deutlich, dass das Steuerungsmittel als solches der rechtswissenschaftlichen Aufmerksamkeit bedarf. Mit den Worten der *Behavioral Law and Economics*-Forschung geht es darum, das Ausnutzen von Schwächen im Entscheidungsprozess (sog. Rationalitätsdefizite) als Steuerungsmittel verfassungsrechtlich zu untersuchen. Die wissenschaftliche Herausforderung ist es, herauszuarbeiten, wo für den Staat wie für Private die Grenzen liegen, dieses Steuerungsmittel einzusetzen.<sup>18</sup>

Die vorliegende Arbeit ordnet die skizzierte Problemlage zu Beginn verhaltenswissenschaftlich, philosophisch und ökonomisch ein (Erster Teil, § 1). Hierauf aufbauend entwickelt sie Grundlinien des verfassungsrechtlich, insbesondere grundrechtlich gebotenen Schutzes vor derartigen Einwirkungen. Anders gewendet fragt die Untersuchung danach, welcher grundrechtliche Rahmen gilt, wenn der Staat oder Dritte Entscheidungsumgebung gestalten und so auf Entscheidungen anderer einwirken (Zweiter Teil).<sup>19</sup> So analysiert die Arbeit zum Ersten, ob der Staat selbst ein derartiges Steuerungsmittel verwenden darf (§ 2). Zweitens beleuchtet sie, inwieweit der Staat die Einzelnen davor schützen muss, dass Private sich des Steuerungsmittels bedienen (§ 3). Schließlich erörtert sie drittens, ob Private – die das Steuerungsmittel nutzen – grundrechtlichen Schutz

<sup>17</sup> In diese Richtung *Alemanno/Sibony*, in: dies. (Hrsg.), *Nudge and Law*, 2015, S. 1, 10 ff., die von „public nudging“ und „private nudges“ sprechen.

<sup>18</sup> *Böker*, *Nudge*, 2021, S. 73 ff., macht dies explizit gerade nicht so.

<sup>19</sup> Der Fokus der Arbeit ist es hingegen nicht, allgemein die *Legalität* der Verhaltenslenkung durch Recht (also durch den Staat) – i. S. e. Lenkung bzw. Steuerung durch den Staat im Allgemeinen zur Erreichung gesellschaftspolitischer Ziele – aufzutun; vgl. hierzu etwa *Latzel*, *Verhaltenssteuerung und Privatautonomie*, 2020, S. 352 ff. Ebenso wenig geht es ihr um die Frage nach der allgemeinen *Legitimität* der Verhaltenslenkung durch Recht – i. S. e. Akzeptanz von Recht; vgl. hierzu *ebd.*, S. 157 ff.

beanspruchen können (§4). Anhand dieser Grundlagen betrachtet die Arbeit das gegenwärtige einfache Recht (Dritter Teil). Sie ermittelt, ob das Recht bzw. die ihm zugrundeliegenden Regelungsmodelle den gebotenen Mindestschutz gegenüber Dark Patterns wahren (§5). Am Beispiel des Datenschutzrechts wie des Lauterkeitsrechts sowie des allgemeinen Vertragsrechts zeigt sich, dass dies nicht der Fall ist. Entsprechend entwickelt die Arbeit eine regulatorische Antwort auf Dark Patterns (§6). Sie schließt mit einer Zusammenfassung.



## Erster Teil

# Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten als Steuerungsmittel

## § 1 Einfassung des Steuerungsmittels

Dem Staat wie auch Privaten ist es grundsätzlich möglich, Entscheidungsumgebungen so zu gestalten, dass sie dadurch den Entscheidungsprozess der Entscheider:innen beeinflussen. Diese Steuerungsmethode gilt es eingangs genauer unter die Lupe zu nehmen. Zentral ist dabei zu betrachten, wie sich Rationalitätsdefizite des menschlichen Entscheidungsprozesses ausnutzen lassen (unten A.). Hierauf aufbauend ist es möglich, zu bewerten, welche Bedeutung derartige Einflüsse – gerade in Abgrenzung zur Paternalismus-Kritik – für die Autonomie haben (unten B.). Versuchen Private die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber auszunutzen und so Entscheidungen zu lenken, sind zudem makroökonomische Konsequenzen zu befürchten. Konkret besteht die Gefahr, dass solche Einflüsse ein Marktversagen auslösen (unten C.). Der spezifische Anwendungsfall der *Dark Patterns* dient dabei stets als Anschauungsobjekt.

### A. Entscheidungslenkung aus verhaltensökonomischer Sicht

Grundlage dafür, zu verstehen, wie sich Entscheidungen gezielt lenken lassen, sind das klassisch-ökonomische Modell rationalen Entscheidens (unten I.) sowie die verhaltensökonomischen Erkenntnisse darüber, wie Menschen tatsächlich entscheiden (unten II.).<sup>1</sup> Diese Befunde können erklären, wie sich Defizite im Entscheidungsprozess zu Steuerungszwecken ausnutzen lassen (unten III.). Eine derartige Verhaltenslenkung ist von anderen etablierten Steuerungsmitteln klar abgrenzbar (unten IV.). *Dark Patterns* veranschaulichen dies (unten V.).

#### I. Ökonomisches Modell rationalen Entscheidens

Als Ausgangspunkt der Überlegung eignet sich die neo-klassische Ökonomie. Sie will erklären und vorhersagen, wie sich Umweltveränderungen am Markt

---

<sup>1</sup> Die im Folgenden dargestellten (verhaltens-)ökonomischen Erkenntnisse sind dabei in weiten Teilen nicht neu. Die Untersuchung umreißt sie deshalb nur kurz. Einführend *Mathis/Steffen*, in: Mathis (Hrsg.), *European Perspectives on BLE*, 2015, S. 31, 31 ff.; *Weber/Schäfer*, *Der Staat* 56 (2017), 561 (564 ff.).

auswirken.<sup>2</sup> Dabei zielt die neo-klassische Ökonomie nicht zuvorderst darauf, individuelles Verhalten im Einzelfall vorherzusagen – sie interessiert vielmehr das Aggregat, etwa das Verhalten gewisser Gruppen.<sup>3</sup> Gleichzeitig denkt die moderne Ökonomie jegliches Marktgeschehen stets vom Individuum aus. Insofern steht an gedanklich erster Stelle doch die Vorhersage individuellen Verhaltens – wenn auch typisiert<sup>4</sup> als sog. methodologischer Individualismus.<sup>5</sup> Um diese Aufgabenstellung zu bewältigen, formuliert die neo-klassische Ökonomie ein Entscheidungs- und Menschenbild: Sie konzipiert die Menschen als rationale Entscheider:innen. Bis heute prägt dieses Bild des Menschen – des sog. *homo oeconomicus* – das allgemeine Verständnis davon, wie die Einzelnen entscheiden.

### 1. Rational Choice und Expected Utility Theory

Um das Verhalten von Menschen vorherzusagen, greift die ökonomische Theorie auf das Modell rationaler Entscheidungen (*Rational Choice Theory*, RCT) zurück.<sup>6</sup> Das Rationalverhaltensmodell beruht auf der Annahme, dass die Menschen unter Knappheit Entscheidungen treffen, die ihren Nutzen bezogen auf ihre Präferenzen maximieren.<sup>7</sup>

Wie die Einzelnen ihre am Nutzen ausgerichteten Entscheidungen genau vornehmen, beschreibt die sog. Erwartungsnutzen-Theorie (*Expected Utility Theory*, EUT). Sie nimmt an, dass die Menschen nach einer Kosten-Nutzen-Abwägung entscheiden, um ihren (Erwartungs-)Nutzen (*expected utility*) zu vergrößern.<sup>8</sup> Zentraler Ansatz der Erwartungsnutzen-Theorie ist insoweit, dass die Entscheider:innen konkrete bzw. wahrscheinliche Ergebnisse einer Entscheidung in Nutzen transformieren, um so einen Nutzenvergleich anstellen und damit eine Wahl treffen zu können. Hierfür haben sie eine sog. Nutzenfunktion (*utility function*), die jeder Entscheidungsoption einen Erwartungsnutzen zuordnet.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> Cooter/Ulen, *Law & Economics*, 2012, S. 11 ff.

<sup>3</sup> Kirchgässner, *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 19.

<sup>4</sup> Damit ist gleichzeitig nicht gesagt, dass Individuen voneinander isoliert agieren, im Gegenteil: Sie beeinflussen ihr Handeln stetig dadurch, dass sie – ökonomisch wirksam – Rahmenbedingungen des Entscheidens verändern.

<sup>5</sup> Schumpeter, *Theoretische Nationalökonomie*, 1998, S. 88 ff.; Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 2005, S. 58; Kirchgässner, *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 21. Damit grenzt sich die neo-klassische Ökonomie von dem philosophischen bzw. ontologischen Individualismus ab. Insofern handelt es sich bei der klassischen Entscheidungstheorie um eine präskriptive Theorie.

<sup>6</sup> Vgl. Korobkin/Ulen, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), 1051 (1060 ff.); darstellend Steinbeck/Lachenmaier, *NJW* 2014, 2086 (2087 f.); Chatziathanasiou/Leszczynska, *RW* 8 (2017), 314 (326 f.).

<sup>7</sup> Kirchgässner, *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 12; Korobkin/Ulen, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), 1051 (1061): „rationally maximize their ends‘ (or their ‚utility‘)“; s. auch Böker, *Nudge*, 2021, S. 8 ff.

<sup>8</sup> Tversky/Kahneman, *J. Bus.* 59 (1986), 251 (252 f.); Korobkin/Ulen, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), 1051 (1075); Korobkin, *U. Chi. L. Rev.* 70 (2003), 1203 (1219); Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 36 ff.

<sup>9</sup> Simon, *Am. Econ. Rev.* 49 (1959), 253 (257 ff.); Laux/Gillenkirch et al., *Entscheidungstheorie*, 2018, S. 38.

Die Zielgrößen der Nutzenfunktion, also die *Präferenzen* der Entscheider:innen (*ends*), sind dabei nicht vorgegeben. Die Entscheider:innen definieren sie vielmehr selbst (sog. *thin conception of RCT*).<sup>10</sup> Gleichwohl gelten Präferenzen als konstant.<sup>11</sup>

Die Nutzenfunktion, also der *Entscheidungsweg* (*means*), ist in der neoklassischen Ökonomie hingegen vorgezeichnet: Die Entscheider:innen wählen die Alternative mit dem höchsten Erwartungsnutzen.<sup>12</sup> Hierbei handelt es sich um den Nutzen eines bestimmten Ergebnisses, gewichtet nach der Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieses Ergebnisses.<sup>13</sup> Die Nutzenfunktion weist so jedem Ergebnis einen Nutzen(-wert) mit Blick auf die Präferenzen zu.<sup>14</sup> Besteht hinsichtlich des Eintritts eines Ergebnisses ein Risiko oder eine Unsicherheit<sup>15</sup>, berücksichtigen die Entscheider:innen die jeweilige Eintrittswahrscheinlichkeit.

<sup>10</sup> Korobkin/Ulen, Cal. L. Rev. 88 (2000), 1051 (1085, Fn. 124). Diese Beliebigkeit gegenüber dem Inhalt der Präferenzen gerät dabei leicht unter moralischen Rechtfertigungsdruck – entsprechend haben sich eine Vielzahl an Meinungen dazu gebildet, ob und wie Präferenzen einer Bewertung zugänglich sind. Bereits Mill, Utilitarianism, 1863 (Reprint 2001), S. 15; ebenso Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2009, S. 193 f. Hiervon unterscheiden sich Varianten der RCT, die annehmen, dass die Präferenzen aller Menschen gleich und allen Menschen inhärent sind (sog. *thick conception of RCT*). Als universelle Präferenzen kommen dabei das Eigeninteresse („Self-Interest“) sowie, enger, Wohlstand i. S. v. Geldvermögen („Wealth“) in Betracht; vgl. Korobkin/Ulen, Cal. L. Rev. 88 (2000), 1051 (1064 ff.).

<sup>11</sup> Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2009, § 5C: „Präferenzstabilität“; Böker, Nudge, 2021, S. 9.

<sup>12</sup> Insofern haben sie eine *Optimierungsregel*, die grds. auf Maximierung (des Nutzens) zielt. Vgl. zu den dahinterliegenden mathematischen Entwicklungen Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 44 ff.

<sup>13</sup> Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 35, mit Verweis auf Neumann/Morgenstern, Theory of Games, 1944/2007, S. 17 ff.

<sup>14</sup> Was den Nutzen eines Ergebnisses betrifft, müssen die Entscheider:innen – damit ihr Verhalten als rational gilt bzw. gelten kann – vier (bzw. fünf) Axiome mit Blick auf ihre Nutzenfunktion bzw. ihre Präferenzordnung („Mindestanforderungen hinsichtlich der Bildung von Präferenzvorstellungen über die Ergebnisse“) beachten: (1.) Vollständigkeits- bzw. Ordnungsaxiom, (2.) Transitivität (zusammen: Ordinales Axiom), (3.) Unabhängigkeit, (4.) Dominanz, (5.) Invarianz; Hanson/Kysar, N.Y.U.L. Rev. 74 (1999), 630 (641); Korobkin/Ulen, Cal. L. Rev. 88 (2000), 1051 (1064); Laux/Gillenkirch et al., Entscheidungstheorie, 2018, S. 43 ff., 143 ff.; tw. anders Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 36 f. Nur wenn Entscheider:innen diese beachten, ergeben sich sinnvolle Entscheidungsanleitungen i. S. d. Nutzenmaximierung.

<sup>15</sup> Dabei ist zwischen Risiko und Unsicherheit zu unterscheiden. „Von Risiko spricht man, wenn der Eintritt von mindestens einem für die Entscheidung erheblichen Ereignis nicht sicher ist, ihm aber immerhin eindeutige Wahrscheinlichkeiten zugeordnet werden können. [...] Bei Unsicherheit hingegen lässt sich keine hinreichend genaue Wahrscheinlichkeitsverteilung für die relevanten zukünftigen Ereignisse angeben“, Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 34, m. w. N.; so auch Laux/Gillenkirch et al., Entscheidungstheorie, 2018, S. 22. Weniger klar bei Korobkin/Ulen, Cal. L. Rev. 88 (2000), 1051 (1062 ff.), die von „uncertainty“ sprechen.

## 2. Rationalitätserwartung

Das Rationalverhaltensmodell beruht auf mehreren grundlegenden Annahmen. Es geht davon aus, dass Individuen ihre Entscheidungsoptionen nach deren Nutzen beurteilen (Eigennutztheorem) und versuchen, ihren Nutzen zu maximieren (Rationalitätsannahme).<sup>16</sup> Zudem nimmt es an, dass die Entscheider:innen die Eintrittswahrscheinlichkeiten so bewerten, wie es den Wahrscheinlichkeitsgesetzen entspricht.<sup>17</sup> Dies hat entscheidende Bedeutung dafür, wie die Entscheider:innen mit (für sie) neuen Informationen umgehen: Sie erlauben es ihnen, Wahrscheinlichkeiten genauer zu bewerten.<sup>18</sup> Kurz gesagt: „Information hilft“<sup>19</sup>.

Dabei ist die oft unausgesprochene Grundannahme des RCT-Modells, dass die Menschen über die notwendigen Voraussetzungen verfügen, um derart komplexe Entscheidungen zu treffen. Hierzu gehören die notwendigen Ressourcen wie Informationen, Zeit und (rechnerische) Verarbeitungs- und Denkkapazitäten. Insgesamt gilt, dass der *homo oeconomicus* der klassischen Ökonomie dem ‚resourceful, evaluating, maximising man‘ entspricht (sog. REMM-Hypothese).<sup>20</sup>

Dem Menschenbild des *homo oeconomicus* wohnt insofern eine Vorstellung davon inne, was rationales Entscheiden oder Rationalität bedeutet: Rationalität ist danach nutzenmaximierende, in sich konsistente Entscheidung („formale Rationalität“).<sup>21</sup> Verbindet sich hiermit die Annahme unbeschränkter Entscheidungsressourcen, ergibt sich die Erwartung „vollständige[r] Rationalität“<sup>22</sup>. Das Rationalverhaltensmodell konzipiert so das *Ideal* des *homo oeconomicus*.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> Rodi, *Ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts*, 2014, S. 22; Kirchgässner, *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 15 f.; vgl. auch Korobkin/Ulen, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), 1051 (1061), nach denen dies die Annahme aller Varianten der RCT ist.

<sup>17</sup> Grds. ist dabei wiederum von subjektiven Wahrscheinlichkeiten – also nach dem Informationsstand der Entscheider:innen – auszugehen (*Subjective Expected Utility Theory*). S. hierzu Korobkin/Ulen, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), 1051 (1062, Fn. 34); Camerer/Loewenstein *et al.*, *Behavioral Economics*, 2004, S. 21.

<sup>18</sup> Entsprechend des Bayesschen Gesetzes, vgl. Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 37 ff.

<sup>19</sup> Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 39.

<sup>20</sup> Vgl. etwa Meckling, *Schw. Z. V. S.* 112 (1976), 545 (548 f.); Brunner/Meckling, *J. Mon. Cred. Bank.* 9 (1977), 70 (71 f.). S. auch Lindenberg, *JITE* 146 (1990), 727 (739 f.), der das Konzept zu „RREEMM“ weiterentwickelt hat, dem ‚resourceful, restricted, expecting, evaluating, maximising man‘.

<sup>21</sup> I. E. Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 72 f.

<sup>22</sup> Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 77 ff.

<sup>23</sup> Kirchgässner, *JZ* 1991, 104 (106); *ders.*, *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 62 ff. Vgl. auch das Bild, das Simon, *Q. J. Econ.* 69 (1955), 99 (103 f.), zeichnet. Zu den historischen Wurzeln, die in mathematischen Entwicklungen, insbes. der Stochastik, und in philosophischen Strömungen liegen, die die *ratio* bzw. Vernunft des menschlichen Denkens propagieren, Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 44 ff.

## II. *Verhaltensökonomische Rationalitätsdefizite – Begrenzte Rationalität*

Das Modell rationalen Entscheidens ist mit dem realen Empfinden menschlichen Entscheidens wenig kompatibel. Täglich nehmen wir – eigene wie fremde – Entscheidungen wahr, die nicht ideal-nutzenmaximierend sind. Es ist so wenig überraschend, dass das RCT-Modell gleichsam mit Kritik übersät wurde. Neben einer eher theoretischen Auseinandersetzung mit den Grundannahmen des Modells (unten 1.) hat vor allem die verhaltenswissenschaftliche Forschung in empirischen Untersuchungen belegen können, dass reales Entscheidungsverhalten vielfach von den theoretischen Vorhersagen des RCT-Modells abweicht (unten 2.).

### 1. *Rationale Irrationalität (Bounded Rationality i. e. S.)*

Eine zentrale (und bereits früh geäußerte) Kritik richtet sich gegen zwei wesentliche Elemente des RCT-Modells: die Annahmen, dass Informationen stets frei verfügbar und die menschliche Informationsverarbeitungskapazität unbeschränkt sind.<sup>24</sup> Insbesondere in komplexen Entscheidungen können Informationsdefizite, aber auch Defizite der ‚Rechenleistung‘ des Gehirns zu ineffizienten Entscheidungen führen.

Diese Begrenzungen können zwei Folgen zeitigen. Zum einen verzichten Entscheider:innen darauf, ihren Nutzen absolut zu maximieren. Sie geben sich vielmehr bereits dann mit einer Alternative zufrieden, wenn diese einen gewissen Erwartungswert übersteigt (sog. *Satisficing*).<sup>25</sup> Zum anderen verwenden sie, um die Ergebnisse von Alternativen abschätzen zu können, mutmaßende Schlussfolgerungen (sog. *Heuristiken*).<sup>26</sup> Insofern entscheiden die Menschen in der Logik des RCT-Modells ‚rational irrational‘ (sog. *Bounded Rationality* i. e. S.): Sie minimieren ihre Entscheidungskosten auf eine rationale Weise.<sup>27</sup> Entscheider:innen erreichen dies, indem sie die Informationssuche oder die Informationsauswertung begrenzen.<sup>28</sup> Ineffiziente Entscheidungen resultieren hiernach alleine aus begrenzten Ressourcen (*constraints*) sowie den Kosten, eine nutzgerechte Entscheidung zu treffen (sog. *Transaktionskosten*, *switching costs*).<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Simon, Q. J. *Econ.* 69 (1955), 99 (106 ff.).

<sup>25</sup> Simon, Q. J. *Econ.* 69 (1955), 99 (104 ff.); Gigerenzer/Todd, in: Gigerenzer/Todd/ABC Research Group (Hrsg.), *Simple Heuristics*, 2000, S. 3, 12 ff.

<sup>26</sup> Gigerenzer/Todd, in: Gigerenzer/Todd/ABC Research Group (Hrsg.), *Simple Heuristics*, 2000, S. 3, 14 ff.

<sup>27</sup> Grundlegend Simon, Q. J. *Econ.* 69 (1955), 99 (103 ff.), zu dem sog. „*Satisficing Model*“. Vgl. auch Stigler, J. Pol. *Econ.* 69 (1961), 213 (213 ff.), zu dem sog. „*Optimal Decisionmaking Procedure Model*“; s. hierzu Eisenberg, *Stan. L. Rev.* 47 (1995), 211 (214 ff.); March, *Bell J. Econ.* 9 (1978), 587 (590 ff.).

<sup>28</sup> Dies ist auch vorhersehbar, da theoretisch kalkulierbar ist, welcher „*trade-off*“ noch effizient ist. Vgl. Sandfuchs, *Privatheit wider Willen?*, 2015, S. 217 ff.

<sup>29</sup> Grundlegend Coase, *Economica* 4 (1937), 386 (391 ff.); s. statt vieler Cooter/Ulen, *Law & Economics*, 2012, S. 88 ff.

## 2. Rationalitätsdefizite (*Bounded Rationality* i. w. S.)

Die Kritik am RCT-Modell geht jedoch über den Ansatz der *Bounded Rationality* i. e. S. hinaus. Die Überlegungen zu *Bounded Rationality* i. e. S. stützen sich allein auf theoretische Annahmen und entwickeln daraus klassisch-rationale Optimierungsstrategien. Neuere Kritik am RCT-Modell hingegen untersucht das tatsächliche menschliche Entscheidungsverhalten. Ein derartiger empirischer Ansatz testet einerseits bestehende ökonomische Theorien auf ihre Praxistauglichkeit und zielt so darauf, eine deskriptive Entscheidungstheorie herauszuarbeiten.<sup>30</sup> Andererseits leitet der Ansatz aus den Studienergebnissen – induktiv – neue Entscheidungstheorien ab, die als solche wiederum eigene präskriptive Kraft entfalten. Um dies von der theoretischen Kritik an dem RCT-Modell abzugrenzen, soll im Folgenden von *Bounded Rationality* i. w. S. die Rede sein.<sup>31</sup>

### a) Empirische Widerlegung des RCT-Modells

Im Fokus der empirischen Forschung stehen die sehr formalisierten ‚Anforderungen‘ des RCT-Modells an die Entscheidungsfindung. Grundlage der Experimente ist es zumeist, eine der Aussagen bzw. Annahmen des RCT-Modells zu überprüfen. Die gewonnenen Erkenntnisse sind als empirische Befunde zwingend punktuell. Gleichwohl stellen die so entstandenen umfassenden verhaltenswissenschaftlichen Studien eine Vielzahl an Abweichungen von den Vorhersagen des RCT-Modells fest. Sie zeigen, dass die Menschen die Rationalitätserwartung des RCT-Modells *in praxi* nicht erfüllen. Menschen entscheiden nicht nur ‚rational irrational‘, indem sie ihre Entscheidungskosten (rational) minimieren.<sup>32</sup> Vielmehr begehen sie ‚Denkfehler‘, die die klassisch-ökonomische Theorie nicht erklären kann.<sup>33</sup> Derartige Abweichungen von den Annahmen des RCT-Modells beschreibt der Begriff der *Rationalitätsdefizite*.<sup>34</sup> Die folgende

<sup>30</sup> Zur Relevanz deskriptiver Theorien vgl. *Laux/Gillenkirch et al.*, Entscheidungstheorie, 2018, S. 181 ff.

<sup>31</sup> *Jolls/Sunstein et al.*, Stan. L. Rev. 50 (1998), 1471 (1477), bezeichnen derartige Rationalitätsdefizite hingegen allgemein und damit ungenau als „Bounded Rationality“.

<sup>32</sup> S. oben § 1 A. II. 1.

<sup>33</sup> Einführend *Weber/Schäfer*, Der Staat 56 (2017), 561 (568 ff.); *Gebhardi*, Verhaltensökonomische Steuerungsinstrumente, 2022, S. 20 ff. Zu Kritik an dieser Annahme unten § 1 A. II. 3.

<sup>34</sup> Es fehlt hier gleichwohl an einem einheitlichen Begriff. Von „Rationalitätsdefiziten“ spricht auch *Eidenmüller*, JZ 2011, 814 (814 ff.). Der Verf. selbst spricht in früherer Arbeit von „Verhaltensanomalien“, *Weinzierl*, NVwZ-Extra 15/2020, 1 (*passim*); so auch *Aaken*, in: Engel/Englerth/Lüdemann et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 189, 189; *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 120 (mit Fn. 198); *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220 (230 ff.); dies geht wohl insges. zurück auf *Aaken*, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109, 110: „begrenzt individuelle Rationalität, sog. Anomalien“, unter Bezug auf *Kuhn*, Scientific Revolutions, 1970, S. 52 f. Unklar bei *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 206, der etwa von *bias* oder „kognitive[n] Verzerrungen und voluntative[n] Schwächen“ spricht.

Darstellung gibt einen Überblick über die Befunde der empirischen Forschung und zeigt ihren Bezug zum klassischen RCT-Modell auf.<sup>35</sup>

*b) Rationalitätsdefizite: Urteils- und Entscheidungsfehler*

Die zentralen empirisch festgestellten Rationalitätsdefizite beziehen sich auf Wahrscheinlichkeitsurteile und die Einordnung neuer Informationen (Urteilsfehler) sowie auf die Nutzenfunktion (Entscheidungsfehler).<sup>36</sup>

*aa) Urteilsfehler*

Urteilsfehler resultieren aus der eingeschränkten Fähigkeit, Wahrscheinlichkeiten korrekt einzuschätzen, insbesondere neue Informationen korrekt zu verarbeiten.<sup>37</sup>

*(1) Fehler in der Informationsaufnahme und -verarbeitung*

Die Menschen verarbeiten (neue) Informationen nicht immer im Einklang mit deren eigentlichem Informationsgehalt. So ist bereits die Informationsaufnahme der Menschen nicht neutral und insbesondere nicht darauf gerichtet, die relevantesten und besten Informationen zusammenzutragen. Die Menschen nehmen selektiv solche Informationen auf, die ihre bestehende Überzeugung bestätigen (*Confirmation Bias*).<sup>38</sup> Zudem gewichten Entscheider:innen Informationen stärker, wenn sie ihrer eigenen Position zuträglich sind, bzw. sie verzerren Prognosen und Einschätzungen so, dass sie ihre eigene Position stützen (*Self-serving Bias*).<sup>39</sup> Die Menschen passen ihre Bewertung einer Situation also nicht nach dem Bayesschen Gesetz aufgrund neuer Informationen an. Neue Informationen können sogar dazu führen, dass sich die bisherige Bewertung verfestigt. Schließlich fügen Entscheider:innen Informationen Kausalitätsannahmen hinzu, die sie selbst in besserem Licht erscheinen lassen. Der Mensch schreibt positive Ereignisse der eigenen Leistung zu, auch wenn sie größtenteils ganz andere Ursachen haben (*Self-attribution Bias*).<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Um eine bessere Einordnung in die *Law-and-Behavioral-Economics*-Literatur zu ermöglichen, findet ein Abgleich der Bezüge insbes. zur Klassifikation nach *Jolls/Sunstein et al.*, *Stan. L. Rev.* 50 (1998), 1471 (1477 ff.), sowie nach *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 79 ff., statt.

<sup>36</sup> S. *Jolls/Sunstein et al.*, *Stan. L. Rev.* 50 (1998), 1471 (1477); *Hanson/Kysar*, *N. Y. U. L. Rev.* 74 (1999), 630 (645 ff.); s. auch *Thaler*, in: *Medema/Samuels* (Hrsg.), *Research in Economics*, 1996, S. 227, 230 ff.

<sup>37</sup> *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 80 ff.; s. auch *Hanson/Kysar*, *N. Y. U. L. Rev.* 74 (1999), 630 (654).

<sup>38</sup> *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 92; *Nink*, *Justiz und Algorithmen*, 2021, S. 63 ff.; hierzu *Lord/Lepper et al.*, *J. Pers. Soc. Psychol.* 47 (1984), 1231 (1240 Fn. 4); ferner *Nickerson*, *Rev. Gen. Phil.* 2 (1998), 175 (177 ff.).

<sup>39</sup> *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 91 f.

<sup>40</sup> *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 92.

## (2) Fehler in der Bewertung von Wahrscheinlichkeiten

Neben Fehlern bei der Informationsaufnahme und -verarbeitung begehen die Menschen systematische Fehler, wenn sie auf Grundlage der aufgenommenen Informationen Wahrscheinlichkeiten bewertet.<sup>41</sup> Eine Form der Falschbewertung vollzieht sich in Situationen, die für Entscheider:innen negative oder positive Konsequenzen haben – erste bewerten sie grundsätzlich unter, zweite bewerten sie über (*Optimism Bias*).<sup>42</sup> Menschen haben zudem eine überhöhte Zuversicht, dass ihre eigenen Urteile korrekt sind (*Overconfidence*).<sup>43</sup> Eine solche Fehleinschätzung lässt sich auch über die Zeit feststellen. So hat der Mensch die Tendenz, nachdem ein Ereignis eingetreten ist, zu überschätzen, wie vorhersehbar das Ereignis vor seinem Eintritt war (*Hindsight Bias*).<sup>44</sup>

Auch losgelöst von der eigenen Situation bewerten Menschen Wahrscheinlichkeiten systematisch falsch. Komplexe Wahrscheinlichkeitsentscheidungen können die Menschen nicht stets mathematisch korrekt berechnen. Ihre begrenzten Kapazitäten lassen sie auf Entscheidungshilfen abstellen – sie bedienen sich sog. *Heuristiken*.<sup>45</sup> So halten die Menschen Ereignisse für wahrscheinlicher, für die vermeintlich passende Informationen gedanklich leichter verfügbar sind (*Availability Heuristic*).<sup>46</sup>

## bb) Entscheidungsfehler

Wo die Menschen nicht den Erwartungen an die Entscheidungsregel der EUT genügen, also nicht ihren Nutzen zu maximieren trachten, treten sog. Entscheidungsfehler auf.<sup>47</sup> Insbesondere zwei Effekte bzw. empirische Entdeckungen spielen hier eine Rolle.<sup>48</sup> Zum einen erhöht sich der Wert eines Gegenstands für Personen, sobald sie daran Eigentum oder Besitz erlangen (*[Instant] Endowment Effect*).<sup>49</sup> Zum anderen entscheiden Menschen abhängig davon, wie Alternativen

<sup>41</sup> Sunstein, Yale L. J. 122 (2013), 1826 (1851 ff.).

<sup>42</sup> Sharot/Korn et al., Nat. Neurosci. 14 (2011), 1475 (1475 ff.); auch Sunstein, Yale L. J. 122 (2013), 1826 (1848); Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 87 ff.

<sup>43</sup> Johnson/Fowler, Nature 477 (2011), 317 (317 ff.), auch zu den Auswirkungen.

<sup>44</sup> Guilbault/Bryant et al., Basic & Appl. Soc. Psych. 26 (2004), 103 (103 ff.); Blank/Musch et al., Social Cogn. 25 (2007), 1 (1 ff.); s. auch Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 95 f.; Nink, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 61 ff.

<sup>45</sup> Beschrieben zuerst von Kahneman/Tversky; vgl. etwa Kahneman/Tversky, Cogn. Psych. 3 (1972), 430 (430 ff.); s. auch Tversky/Kahneman, Science 185 (1974), 1124 (1124).

<sup>46</sup> Tversky/Kahneman, Cogn. Psych. 5 (1973), 207 (208 ff.).

<sup>47</sup> Schließlich ist auch die Optimierungsregel (i. R. d. Präferenzfunktion) der EUT empirisch (und theoretisch) angegriffen worden. Insbes. hierauf bezieht sich der von Simon, Am. Econ. Rev. 49 (1959), 253 (262 ff.), entwickelte Ansatz des „Satisficing“; hierzu Gigerenzer/Todd, in: Gigerenzer/Todd/ABC Research Group (Hrsg.), Simple Heuristics, 2000, S. 3, 12 ff.; s. oben § 1 A. II. 1.

<sup>48</sup> Hanson/Kysar, N. Y. U. L. Rev. 74 (1999), 630 (673 ff., 684 f.).

<sup>49</sup> Grds. Thaler, Public Interest 73 (1983), 60 (64); s. auch Sunstein, U. Chi. L. Rev. 53 (1986), 1129 (1150 ff.); Hanson/Kysar, N. Y. U. L. Rev. 74 (1999), 630 (673 ff.).

präsentiert sind – obwohl sich der Erwartungsnutzen der Alternativen nicht ändert (*Framing Effect*).<sup>50</sup> In beiden Fällen betrachten Menschen nicht die (absolute) Nutzenänderung verschiedener Alternativen, gewichten also (absolute) Gewinne und Verluste nicht gleich. Vielmehr achten die Menschen auf Gewinne und Verluste relativ zu ihrer aktuellen Situation. Damit genügen sie der zentralen Vorhersage der klassischen EUT-Nutzenfunktion nicht.<sup>51</sup>

Aus diesen beobachteten Effekten leitet sich die sog. *Prospect Theory* als Entscheidungsmodell ab.<sup>52</sup> Sie divergiert in drei Punkten wesentlich von der Nutzenfunktion der EUT.<sup>53</sup> Erstens stellen sich Gewinne und Verluste nicht als absolute Vermögenszustände, sondern als Abweichungen von einem Referenzpunkt dar (*Reference Dependence*). Zweitens sind Entscheider:innen für Gewinne und Verluste im hohen Bereich immer weniger sensitiv (*Diminishing Sensitivity*). Drittens besitzen Entscheider:innen eine Aversion gegen Verluste im Vergleich zu Gewinnen (*Loss Aversion*).<sup>54</sup> Zudem gewichten Entscheider:innen Wahrscheinlichkeiten falsch (*Probability Weighting*): Sie empfinden geringe Wahrscheinlichkeiten als höher, als sie es eigentlich sind.<sup>55</sup>

Die Prospect Theory kann zwei weitere Biases erklären, die empirisch klar nachgewiesen sind: die *Sunken Cost Fallacy* und den *Status Quo Bias*. Entscheidungsträger:innen lassen sich von zeitlich zurückliegenden Entscheidungen, insbesondere getätigten Investitionen (*Sunk Costs*), beeinflussen (*Sunken Cost Fallacy*). Entscheider:innen, die gegenüber der Ausgangssituation ( $t_0$ ) Verluste erleiden, behalten diese und nicht den neuen Zustand ( $t_1$ ) als Referenzpunkt für weitere Entscheidungen bei. Da zukünftige Gewinne so vergangene Verluste ausgleichen, nehmen sie diese als besonders nutzensteigernd wahr – um sie zu erzielen, betreiben Entscheider:innen einen nach der EUT unvernünftig hohen Aufwand. Zudem behalten Menschen eine einmal getroffene Entscheidung oder einen bestehenden Zustand grundsätzlich bei (*Status Quo Bias*).<sup>56</sup> Neben anderen Erklärungen passt dies auch zu den Annahmen der Prospect Theory – der

<sup>50</sup> Grds., ohne den Namen zu verwenden, *Tversky/Kahneman*, *Science* 185 (1974), 1124 (1124 ff.); *Kahneman/Tversky*, *Am. Psychol.* 39 (1984), 341 (343 ff.); *Nink*, *Justiz und Algorithmen*, 2021, S. 50 ff.

<sup>51</sup> Dies lässt sich (zumeist) auch als Verstoß gegen eines der fünf Axiome darstellen; s. hierzu oben Erster Teil, Fn. 14.

<sup>52</sup> Grundlegend *Kahneman/Tversky*, *Econometrica* 47 (1979), 263 (274 ff.); s. statt vieler *Chatziathanasiou/Leszczynska*, *RW* 8 (2017), 314 (327 f.). Zu weiteren Theorieansätzen vgl. *Schmolke*, *Selbstbindung im Privatrecht*, 2014, S. 198 ff.; *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 63 ff.

<sup>53</sup> *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 64; *Laux/Gillenkirch et al.*, *Entscheidungstheorie*, 2018, S. 198 ff.

<sup>54</sup> *Laux/Gillenkirch et al.*, *Entscheidungstheorie*, 2018, S. 202 f.

<sup>55</sup> *Laux/Gillenkirch et al.*, *Entscheidungstheorie*, 2018, S. 204.

<sup>56</sup> *Samuelson/Zeckhauser*, *J. Risk Uncertain.* 1 (1988), 7 (8).

*status quo* bildet den Referenzpunkt, ein Abweichen führt zu (übergewichteten) Verlusten.<sup>57</sup>

### c) Präferenzen

Neben den Kernaussagen der EUT stehen auch die klassisch-ökonomischen Annahmen hinsichtlich der Präferenzen bzw. Zielgrößen der Entscheider:innen im Fokus der verhaltenswissenschaftlichen Kritik.<sup>58</sup> Jedenfalls die klassischen Varianten der EUT gehen davon aus, dass Handelnde ihre Präferenzen selbst vorgeben können, diese aber nicht aus beliebigen Gründen ändern, sodass sie zeitlich stabil sind.<sup>59</sup> Diese Annahmen halten einer Prüfung unter dem empirischen Mikroskop nicht stand: Präferenzen erweisen sich als zeitlich instabil. Was Entscheider:innen heute ( $t_0$ ) für einen späteren Zeitpunkt ( $t_1$ ) wollen, muss nicht dem entsprechen, was sie wollen, wenn der Zeitpunkt ( $t_1$ ) eintritt. Insofern besteht ein *Present Bias*: Unmittelbare Interessen befriedigen die Menschen prioritär.

Die verhaltensökonomische Schlussfolgerung ist, dass die Menschen zukünftige Gewinne überproportional gering gewichten. Gleichzeitig ist eine gewisse Diskontierung nach dem RCT-Modell anzusetzen: Geld morgen ist weniger wert als Geld heute.<sup>60</sup> Nichtsdestotrotz zeigen die Menschen eine darüberhinausgehende Diskontierung, die sprunghaft zukünftige gegenüber gegenwärtigen Gewinnen diskontiert (sog. [*quasi-*]hyperbolische Diskontfunktion).<sup>61</sup> Damit ist gleichwohl aber noch nicht gesagt, dass Präferenzen insoweit tatsächlich instabil sind. Treffender ist es wohl, von vielen konfligierenden Präferenzen zu sprechen, deren Erfüllung die Entscheider:innen unterschiedlich gewichten. Diskontieren sie langfristige Präferenzen quasi-hyperbolisch, setzen sich die kurzfristigen Präferenzen überproportional oft durch. Ein Beispiel sind die häufig konkurrierenden Wünsche, einen digitalen Dienst zu nutzen und die eigenen Daten zu schützen. Hier fallen die Präferenzen im Zeitpunkt ( $t_0$ ) und ( $t_1$ ), die kurzfristigen und langfristigen Präferenzen, auseinander. Im Ergebnis führt dies zum sog. *Privacy Paradox*.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Kahneman/Knetsch et al., J. Econ. Persp. 5 (1991), 193 (197 f.).

<sup>58</sup> Empirisch unter Druck gerät auch die (unausgesprochene) Annahme der *thick conceptions* der RCT (s. oben Erster Teil, Fn. 10), dass die Präferenz der Einzelnen darin liegt, ihr eigenes Vermögen oder jedenfalls ihr Eigeninteresse i. S. v. Wohlergehen zu mehren. Dies gilt vorrangig mit Blick auf Fairness- und Gerechtigkeitsinteressen. Experimente belegen, dass diese sich durchaus gegen ökonomische – sprich finanzielle – Interessen durchsetzen können. Beispiele sind das Ultimatum- und das Diktatorspiel sowie Gemeinschaftsgüterspiele; Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 105 ff.

<sup>59</sup> S. oben § 1 A. I. 1.

<sup>60</sup> Frederick/Loewenstein et al., J. Econ. Lit. 40 (2002), 351 (355 ff.); Wüst/Beck, List Forum 35 (2009), 45 (47 ff.).

<sup>61</sup> Frederick/Loewenstein et al., J. Econ. Lit. 40 (2002), 351 (360 ff.). S. auch Bechtold, Zwingendes Vertragsrechts, 2010, S. 75 ff.

<sup>62</sup> Vgl. Solove, Geo. Wash. L. Rev. 89 (2020), 1 (11 ff.), i. E. jd. nicht zustimmend, *ebd.*, 18 ff.

#### d) Weitere Rationalitätsdefizite

Weitere kognitive Eigenschaften der Menschen erschweren ‚rationales‘ Entscheiden bzw. bilden die Grundlage für die dargestellten Abweichungen von dem RCT/EUT-Modell. So verfügen die Menschen nur über eine begrenzte Rechenleistung. Sie können nicht beliebig schnell beliebig komplexe Rechenoperationen vornehmen, etwa aufgrund begrenzter Energiezufuhr.<sup>63</sup> Auch ihre Kapazitäten, neue Informationen aufzunehmen und zu verarbeiten, sind ebenso wie die Aufmerksamkeit selbst begrenzt.<sup>64</sup> Damit zusammenhängend verteilen die Menschen ihre Aufmerksamkeit nicht gleichmäßig auf alle möglichen Informationen und Umweltzustände. Vielmehr beachten sie nur hervorstechende (*salient*) Umstände.<sup>65</sup> So lassen sich womöglich manche beobachteten Effekte erklären, etwa im Bereich des *Optimism Bias*.<sup>66</sup>

Mit Vorsicht zu genießen ist dabei der Ansatz, wonach die Menschen grundsätzlich verschiedene Denksysteme nutzen, um Entscheidungen zu fällen. Sie könnten hiernach schnell, automatisch (System 1) oder langsam, überlegt (System 2) denken und entscheiden.<sup>67</sup> In der Forschung zeichnet sich jedoch ab, dass diese Trennung in der Realität nicht derart starr existiert.<sup>68</sup> Jedenfalls lässt sich die Annahme, dass Rationalitätsdefizite nur dann auftreten, wenn die Menschen schnell und automatisch entscheiden, nicht aufrechterhalten.<sup>69</sup>

### 3. ‚Interne‘ und ‚externe‘ Kritik der Kritik

Die verhaltensökonomische Kritik an dem RCT/EUT-Modell ist nicht unwidersprochen geblieben. So finden sich Ansätze, die zwar Defizite im rationalen Entscheiden nach dem RCT-Modell anerkennen. Sie gehen gleichwohl davon aus, dass diese nicht zu schlechteren Entscheidungen führen als modellhaftes rationales Entscheiden (‚interne‘ Kritik). Vielmehr geht die interne Kritik davon aus, dass Entscheider:innen in manchen Situationen zu besseren Entscheidungen im Sinne der Nutzenbewertung kommen können, wenn sie Informationen vernachlässigen und Heuristiken nutzen.<sup>70</sup> Gleichzeitig seien Heuristiken, bzw.

<sup>63</sup> Bruckmaier/Tachtsidis et al., J. Neurosci. 40 (2020), 6801 (6809 f.).

<sup>64</sup> Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 118 ff.

<sup>65</sup> Hierzu etwa das berühmte Gorilla-Experiment, Chabris/Simons, Invisible Gorilla, 2011, S. 5 ff. S. auch Sunstein, Yale L. J. 122 (2013), 1826 (1845 ff.).

<sup>66</sup> Stango/Zinman, Rev. Financ. Stud. 27 (2014), 990 (996 f.).

<sup>67</sup> Sog. System 1-Denken („fast“), im Gegensatz zu System 2-Denken („slow“) nach der *Two-Systems* oder *Dual Process Theory*, vgl. Kahneman, Fast and Slow, 2011, S. 20 ff. Anders solche Ansichten, die Rationalität eher situativ verstehen, wie Gigerenzer/Gaissmaier, Annu. Rev. Psychol. 62 (2011), 451 (455).

<sup>68</sup> S. den Überblick bei Grayot, Rev. Phil. & Psych. 11 (2020), 105 (112 ff.).

<sup>69</sup> Grayot, Rev. Phil. & Psych. 11 (2020), 105 (125 ff.); anders die oft in der *Behavioral-Law-and-Economics*-Literatur vertretene Annahme, s. etwa Sunstein, Yale L. J. 122 (2013), 1826 (1848), der offenbar davon ausgeht, dass Rationalitätsdefizite alleine in System 1 auftreten.

<sup>70</sup> Gigerenzer, in: Gigerenzer/Engel (Hrsg.), Heuristics and Law, 2006, S. 17, 18 f.; Gigeren-

ihre Bausteine, anpassbar und flexibel nutzbar (sog. *Adaptive Toolbox*).<sup>71</sup> Die Menschen könnten sich dadurch – gleichsam evolutionär – an neue Herausforderungen anpassen. So zustande gekommene Entscheidungen seien insofern ‚ökologisch rational‘ („ecological rationality“).<sup>72</sup> Doch auch wenn ökologische Rationalität manchmal zu effizienteren Entscheidungen führen mag, besteht ein etwaiger Vorteil aus Heuristiken nicht immer bzw. muss sich erst langsam entwickeln.<sup>73</sup> Zudem bieten Heuristiken stets einen Ansatzpunkt, menschliches Entscheiden zu lenken. Denn wer die Abkürzungen im Denkweg kennt, kann diese nutzen, um den Gang der Entscheidung umzuleiten.<sup>74</sup>

Kritik an der Verhaltensökonomie kommt zudem von der klassischen Ökonomie, mithin von außen („externe“ Kritik). Die externe Kritik setzt der Verhaltensökonomie entgegen, dass sie keine eigene präskriptive Theorie begründe und insofern nicht falsifizierbar sei.<sup>75</sup> Zudem entwickelt die klassische Ökonomie Ansätze, die verhaltensökonomischen Erkenntnisse in das RCT-Modell zu integrieren. Damit führt sie die experimentell gefundenen Abweichungen von dem Rationalverhaltensmodell einer ‚Rationalisierung‘ zu. Gewisse Rationalitätsdefizite erreichten hiernach das Bestmögliche unter beschränkten Ressourcen und seien insofern rationale Entscheidungen.<sup>76</sup> Dieser Ansatz der Ex-post-Rationalisierung vermag gleichwohl nicht zu überdecken, dass die Menschen nicht-optimale Entscheidungen treffen. Die verhaltensökonomischen Experimente, Beobachtungen und Theorien belegen, dass reales Entscheiden von allen zentralen Annahmen des RCT-Modells abweicht. Dies bildet die Grundlage dafür, Abweichungen von dem RCT-Modell auszunutzen und Entscheidungen so zu steuern.

### III. Entscheidungslenkung: Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten

Die empirischen Erkenntnisse der Verhaltensökonomie belegen, dass der menschliche Entscheidungsprozess umfassend von den Annahmen vollständiger Rationalität abweicht. Die festgestellten Rationalitätsdefizite betreffen nahezu jeden Bereich des Entscheidens. Daraus folgt aber nicht zwingend, dass es möglich ist, Rationalitätsdefizite auszunutzen, um die Entscheidungen

---

zer/Gaissmaier, *Annu. Rev. Psychol.* 62 (2011), 451 (453); Gigerenzer/Brighton, in: Gigerenzer/Hertwig/Pachur (Hrsg.), *Heuristics*, 2011, S. 2, 2 ff.

<sup>71</sup> Gigerenzer, *Perspect. Psychol. Sci.* 3 (2008), 20 (23); Gigerenzer/Gaissmaier, *Annu. Rev. Psychol.* 62 (2011), 451 (456).

<sup>72</sup> Gigerenzer/Gaissmaier, *Annu. Rev. Psychol.* 62 (2011), 451 (456 ff.).

<sup>73</sup> Dies ist die Folge aus dem von Gigerenzer/Gaissmaier, *Annu. Rev. Psychol.* 62 (2011), 451 (456), beschriebenen Lernprozess.

<sup>74</sup> S. unten § 1 A. III. 2.

<sup>75</sup> Posner, *Stan. L. Rev.* 50 (1998), 1551 (1558 ff.).

<sup>76</sup> Posner, *Stan. L. Rev.* 50 (1998), 1551 (1564 ff.); Lieder/Griffiths, *Behav. Brain Sci.* 43 (2019), Nr. e1, 1 (3 ff.), die das Modell der „resource-rational analysis“ entwickeln.

anderer zu beeinflussen. Dies gilt es vielmehr – theoretisch wie empirisch – zu begründen.

### 1. *Ausnutzen durch Vorhersehbarkeit („Predictably Irrational“)*

Zentrale Erkenntnis des vorhergehenden Abschnitts ist es, dass Rationalitätsdefizite den Entscheidungsprozess dahingehend beeinflussen, dass Entscheidungen nicht das bestmögliche Ergebnis hervorbringen – trotz feststehender Präferenzen (Zielvorstellungen) und ohne dass sich die klassisch-ökonomisch wirksamen äußeren Umstände ändern. Vielmehr wirken sich ökonomisch nicht-relevante Umstände der Entscheidung auf das Ergebnis der Entscheidung aus.

Wesentlich für die Ausnutzbarkeit von Rationalitätsdefiziten ist dabei, dass diese – anders als man vermuten könnte und die Kritiker:innen der verhaltensökonomischen Forschung insinuieren – in vorhersehbarer Weise wirken. Studien belegen, welche Effekte gewisse Rationalitätsdefizite auf die Entscheidungsfindung haben. Diese Feststellungen sind reproduzierbar. Der Mensch ist insofern berechenbar irrational („*Predictably Irrational*“<sup>77</sup>). Eben dies ermöglicht es Außenstehenden, den Entscheidungsprozess zu beeinflussen. Die Gestalter:innen von Entscheidungsumgebungen können diese so gestalten, dass sie menschliche Rationalitätsdefizite ansprechen.<sup>78</sup>

Umgekehrt ist es möglich zu messen, wie Entscheidungsumgebungen die Entscheidungen beeinflussen und so neues Wissen darüber zu generieren, wie sich Menschen beeinflussen lassen. Hierzu können Entscheidungsgestalter:innen die Wirkung von Entscheidungsumgebungen im Einzelfall testen – dies reicht von analoger Marktforschung bis hin zu Nuancen digitaler Gestaltungen.<sup>79</sup> Im Allgemeinen ist dann, aufgrund der Stabilität von Rationalitätsdefiziten, davon auszugehen, dass sich die gemessenen Einflüsse in zukünftigen Entscheidungen anderer Entscheider:innen reproduzieren.

Damit ist auch gesagt, dass Rationalitätsdefizite nicht auf Ebene der Präferenzen wirken. Spricht eine geänderte Entscheidungsumgebung die Rationalitätsdefizite der Entscheider:innen an, lässt dies die Werte und die Einstellungen der Einzelnen unberührt.<sup>80</sup> Eben darin liegt der verhaltensökonomischer Gehalt

<sup>77</sup> Ariely, *Predictably Irrational*, 2010.

<sup>78</sup> Grds. bereits *Hanson/Kysar*, N.Y.U.L. Rev. 74 (1999), 630 (724 ff.); *Bar-Gill*, Minn. L. Rev. 92 (2008), 749 (765 ff.). S. auch *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220 (230 f.); *Meier*, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 31 ff.

<sup>79</sup> Zu Dark Patterns s. unten § 1 A. V.

<sup>80</sup> Diesen zentralen Ansatz scheinen viele vorliegende Studien so nicht hinreichend klar zu konzeptualisieren. *Kolbe*, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 215, versteht die Wirkung von Entscheidungsarchitekturen als sog. „edukatorisches Staatshandeln“ gänzlich anders – nach ihr entwickeln diese „Steuerungswirkungen über die geistige Einflussnahme auf [...] Werte und Einstellungen des Einzelnen“. Auch *Baer*, Steuerung durch Nudging, 2023, S. 89 f., scheint Nudging so zu verstehen, dass es wahlweise „Präferenzen oder aber [...] Handlungsziele bzw. [...] Handlungswillen“ beeinflusst.

von Entscheidungsumgebungen: Sie beeinflussen Entscheidungen gerade dann, wenn Präferenzen (Werte und Einstellungen) unverändert sind.<sup>81</sup> Vielmehr treffen die Einzelnen präferenzwidrige Entscheidungen. Das Mittel bzw. der Gegenstand der hier zu untersuchenden Beeinflussung ist alleine das Ausnutzen derartiger Rationalitätsdefizite und die hiervon ausgehenden Auswirkungen auf den Entscheidungsprozess.<sup>82</sup>

## 2. Konzept des Ausnutzens

Wann ein Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten vorliegt, gilt es noch genauer herauszuarbeiten. An der obigen Überlegung zeigt sich, dass ein Ausnutzen bereits dann vorliegt, wenn das Gegenüber eine Lage schafft, durch die ein Rationalitätsdefizit einen Einfluss auf die Entscheidung der Entscheider:innen gewinnt. Es genügt aus objektiver Sicht also, dass Entscheider:innen ohne die Entscheidungsumgebung anders entschieden hätten. Wesentlich ist mithin, dass die Entscheidungsumgebung mit Blick auf das Entscheidungsergebnis eine *conditio sine qua non* darstellt.<sup>83</sup> Derartiges Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten umfasst dabei Situationen, in denen das Gegenüber eine Lage schafft, die Rationalitätsdefizite oder ihren Einfluss verstärkt oder verringert.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Auch andere Stimmen scheinen hier Klarheit vermissen zu lassen: *Schnellenbach*, PWP 12 (2011), 445 (453), spricht davon, dass Präferenzen gelenkt werden; *Eidenmüller*, JZ 2011, 814 (820), spricht von einer Präferenzbeeinflussung; *Kirchgässner*, *Homo oeconomicus*, 2013, S. 269, stellt fest, dass der Staat versuche, „massiv in unsere Präferenzen einzugreifen“; auch *Schmolke*, *Selbstbindung im Privatrecht*, 2014, S. 124, scheint insoweit zu stark auf die Endogenität und Instabilität von Präferenzen als zentraler Erkenntnis der Verhaltensökonomie abzustellen; *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 256, arbeitet zwar heraus, dass Einfluss grds. auf den „Entscheidungsprozess“ ausgeübt wird. Jd. scheint er bei der Konzeption des Entscheidungsprozesses primär Veränderungen von Präferenzen im Blick zu haben („Änderung der Präferenzen erster oder zweiter Ordnung“). Schließlich verkennt *Kunzendorf*, *Gelenkter Wille*, 2021, S. 49, die grundsätzliche Bedeutung einer Trennung zwischen Entscheidungsprozess und Präferenzen, wenn sie davon spricht, dass Nudges „die inneren Präferenzen des Einzelnen beeinflussen und auf den Entscheidungsfindungsprozess zugreifen“ – beides also synonym zu verstehen scheint.

<sup>82</sup> Die von *Wiedemann/Wank*, JZ 2013, 340 (341 ff.), und ähnlich *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67 (82 ff.), vorgenommene Unterscheidung zwischen exogenen und endogenen Ursachen für „Abweichungen vom Rationalmodell“ bzw. „Präferenzstörungen“ geht hingegen implizit davon aus, dass gewisse (oder sogar alle) Rationalitätsdefizite als solche den Handelnden oder den Dritten zuzurechnen sind. Dies überzeugt nicht.

<sup>83</sup> Diese umfasst i. E. beide von *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67 (82 ff.), beschriebenen Situationen der „Präferenzstörung“ der Verbraucher:innen: Die durch die Vertragspartner:innen (exogen) veranlassen oder die bereits in der Disposition der Verbraucher:innen (endogen) bestehenden – jeweils wirkt die Präferenzstörung in dieser Konzeption jd. zum Vorteil der Vertragspartner:innen.

<sup>84</sup> Als Ausnutzen zählt es mithin auch, wenn der Einfluss i. E. eine rationale(-re) Entscheidung herstellt (sog. De-Biasing, s. unten § 6 C. I. 2.). Auch hier ist das Rationalitätsdefizit – bzw. die in seiner Existenz begründete Möglichkeit, es zu schwächen – Voraussetzung dafür, dass die Entscheider:innen eine Entscheidung ändern.

Ein so verstandenes Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten muss weder verdeckt noch intransparent geschehen.<sup>85</sup> Das Mittel des Einflusses selbst, also die Gestaltung der Entscheidungsumgebung, liegt ohnehin stets offen zu Tage.<sup>86</sup> Doch auch andere Elemente des Ausnutzungsprozesses – wie die Intention der Ausnutzenden und der Wirkmechanismus – müssen nicht verdeckt sein, damit die Gestaltung der Entscheidungsumgebung auf den Entscheidungsprozess wirken kann.<sup>87</sup> Der Wirkmechanismus des Einflusses kann den Entscheider:innen verschlossen sein, muss es aber nicht.<sup>88</sup> Auch ein offen erkennbarer Wirkmechanismus kann wirken – so ist es möglich, Menschen zu emotionalisieren, obwohl sie dies erkennen.<sup>89</sup> Gleiches gilt schließlich für die etwaige Absicht, zu beeinflussen. Die Gestaltung der Entscheidungsumgebung entfaltet ihre lenkende Wirkung unabhängig davon, ob die Lenkungsabsicht offen zu Tage liegt oder nicht.<sup>90</sup>

Zudem setzt das Ausnutzen kein subjektives Element der Ausnutzenden voraus.<sup>91</sup> Ein Ausnutzen liegt unabhängig davon vor, ob das Gegenüber das Rationalitätsdefizit und/oder die Wirkung der Entscheidungsumgebung hierauf kennt oder diese sogar absichtlich herbeigeführt hat.<sup>92</sup> Entscheidend ist es, das

<sup>85</sup> Oft findet sich die Auffassung im Kontext der Befassung mit *Manipulation*, vgl. etwa *Susser/Roessler et al.*, *Internet Pol. Rev.* 8 (2019), 1 (4 ff.). Doch ist bei den meisten Ansichten, die eine Verdecktheit fordern, bereits unklar, auf was sich die Verdecktheit beziehen sollte; vgl. zu dieser Unklarheit etwa *Kiener*, *Philos. Stud.* 2021, 1 (3).

<sup>86</sup> *Bovens*, in: *Grüne-Yanoff/Hansson* (Hrsg.), *Preference Change*, 2009, S. 207, 216 f., meint dies wohl mit „token transparency“; *Dworkin*, in: *Zalta/Nodelman* (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia*, 2020, *Paternalism*, § 4.3: „narrow nudges“ – jd. etwas anders, da es *Dworkin* um ein bewusstes Wahrnehmen der Mittel des Einflusses geht.

<sup>87</sup> Wobei es hier um die tatsächliche Wirksamkeit, nicht die mit der (mangelnden) Transparenz verbundene ethische Verwerflichkeit geht; insofern anders als die Frage, die *Bovens*, in: *Grüne-Yanoff/Hansson* (Hrsg.), *Preference Change*, 2009, S. 207, 216 f., adressiert, wenn er in „token transparency“ den Unterschied zwischen verschiedenen Einflussmitteln sieht.

<sup>88</sup> *Krefßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 200, der davon spricht, dass „verdeckte und damit für das Gegenüber nicht erkennbare Mechanismen angewendet“ werden; *Dworkin*, in: *Zalta/Nodelman* (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia*, 2020, *Paternalism*, § 4.3, spricht mit Bezug auf Nudges insoweit von „very broad nudges“, wo ein Hinweis auf die Absicht und den Mechanismus erfolgt.

<sup>89</sup> *Noggle*, *Am. Phil. Quart.* 33 (1996), 43 (54, Fn. 15).

<sup>90</sup> Nach *Susser/Roessler et al.*, *Geo. L. Tech. Rev.* 4 (2019), 1 (15), ist etwa bei Information und Anreiz der „attempted influence [...] forthright and transparent“ – dies entspricht bestenfalls einer idealisierten Vorstellung; *Dworkin*, in: *Zalta/Nodelman* (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia*, 2020, *Paternalism*, § 4.3, spricht mit Bezug darauf, dass die Motivation offensichtlich ist, von „broad nudges“.

<sup>91</sup> Hierfür im Kontext der Befassung mit *Manipulation* *Wilkinson*, *Political Studies* 61 (2013), 341 (345); *Susser/Roessler et al.*, *Internet Pol. Rev.* 8 (2019), 1 (4 ff.); a. A. im Kontext des *Nudging* *Baer*, *Steuerung durch Nudging*, 2023, S. 86.

<sup>92</sup> Vgl. hierzu auch die Diskussion um die Arglist i. R. d. Täuschung, etwa *Wendtland*, in: *Hau/Poseck* (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 2022, § 123, Rn. 17 ff. Aus einer philosophischen Betrachtung *Noggle*, *Am. Phil. Quart.* 33 (1996), 43 (47 f.). Insofern ist Intentionalität alleine ein Element der philosophischen Debatte im Kontext von Verwerflichkeit, nicht einer auswirkungsorientierten Sicht, die den Entscheidungsprozess in den Fokus stellt; vgl. zur philosophischen Bedeutung *Hansen*, in: *Straßheim/Beck* (Hrsg.), *Behavioural Change*, 2019, S. 63, 70.

‚Ausnutzen‘ aus der Perspektive der Gelenkten zu verstehen. Für diese genügt es, dass ein von Menschen gesetzter Einfluss steuernd auf sie einwirkt. Ob das Gegenüber diesen Einfluss bewusst *zum Zweck* der Steuerung gesetzt hat, ist nicht wesentlich. Diese Unterscheidung ist dann relevant, wenn es gilt, etwa Voreinstellungen zu bewerten. Auch soweit diese unvermeidbar sind oder Entscheidungsgestalter:innen diese ohne Bewusstsein für ihre verhaltensökonomische Wirkung (zufällig) setzen, entfalten sie einen lenkenden Einfluss auf die Entscheider:innen und nutzen insoweit ihre Rationalitätsdefizite aus.<sup>93</sup>

### 3. Ausnutzen in der Praxis

Dass diejenigen, die eine Entscheidungsumgebung gestalten, die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen können, stellt kein rein theoretisches Konzept dar. Ein schlaglichtartiger Blick auf die Praxis zeigt, dass Entscheidungsgestalter:innen ihre Lenkungsmacht tatsächlich einsetzen.<sup>94</sup>

#### a) Staatliches Ausnutzen – Beispiel Organspende

Ein Beispiel dafür, dass der Staat Rationalitätsdefizite seiner Bürger:innen auszunutzen trachtet, bildet die Diskussion um die Organspende.<sup>95</sup> Die gegenwärtige deutsche Regelung sieht vor, dass Einzelne so lange nicht als Spender:innen gelten, als sie keine positive Erklärung hierüber abgegeben haben (sog. Zustimmungslösung<sup>96</sup>; § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TPG). Um die Zahl der Organspender:innen in Deutschland zu erhöhen, schlugen Teile des Bundestags vor, den gegenwärtigen Regelungsansatz umzukehren. Nach der – am Ende verworfenen – Neuregelung sollten alle Menschen automatisch Spender:innen sein, soweit nicht sie selbst (oder Angehörige) widersprechen (sog. [doppelte] Widerspruchslösung).<sup>97</sup>

In der Terminologie der Verhaltensökonomie entspricht die Zustimmungslösung einer *Opt-in*-Entscheidungsarchitektur, die Widerspruchslösung einer *Opt-out*-Entscheidungsarchitektur. Da Entscheider:innen aufgrund des *Default Effects* dazu tendieren, eine vorgefundene Einstellung beizubehalten, führt eine *Opt-out*-Gestaltung zu (wesentlich) höheren Organspendezahlen. Real- und La-

<sup>93</sup> Vgl. insoweit etwa *Sunstein*, Yale L. J. 122 (2013), 1826 (1879), der wohl i. E. – wenig überzeugend – aus der Unvermeidbarkeit von Entscheidungsarchitekturen auf die Unvermeidbarkeit von Paternalismus schließt. Zu dem Unvermeidbarkeits-Argument von Steuerung s. unten § 2 C. III. 1. b).

<sup>94</sup> *Reichenberger/Frey*, in: Herder-Dorneich/Schenk/Schmidtchen (Hrsg.), *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* – 12. Band, 1993, S. 50, 55, sprechen von „Rationalitätsfallen“.

<sup>95</sup> *Weinzierl*, *Entscheiden müssen*, *Verfassungsblog*, 5.8.2019. Weitere Beispiele bei *Gebhardt*, *Verhaltensökonomische Steuerungsinstrumente*, 2022, S. 116 ff.

<sup>96</sup> Wobei es sich um eine sog. „erweiterte Zustimmungslösung“ handelt, da auch andere Personen als die Spender:innen die Zustimmung erklären können (§ 4 TPG); vgl. *Scholz/Middel*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *MedizinR*, 2022, § 3 TPG, Rn. 1.

<sup>97</sup> BT-Drs. 19/11096, 25.6.2019, S. 2 ff.

borexperimente bestätigen diese verhaltensökonomische Annahme. Im Laborexperiment liegt die Zustimmungsrates zur Organspende bei der *Opt-in*-Lösung bei 42 %, bei der *Opt-out*-Lösung bei 82 %.<sup>98</sup> Im Realexperiment liegen die Zustimmungsrates noch weiter auseinander: bei etwa 12 % in Deutschland, bei Ländern mit *Opt-out* bei mehr als 99 %.<sup>99</sup> Der in Deutschland angedachte Schritt, das System der Organspende von der Zustimmung- auf die Widerspruchslösung umzustellen, nutzt mithin die Rationalitätsdefizite der Betroffenen aus.<sup>100</sup>

#### *b) Privates Ausnutzen – Beispiel Vertrags- und Preisgestaltung*

Neben dem Staat nutzen private Akteur:innen Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber aus. Frühe Studien belegen dies für die Gestaltung allgemeiner Geschäfts- bzw. Vertragsbedingungen.<sup>101</sup> Anbieter:innen ziehen einen Vorteil daraus, dass Konsument:innen die Eintrittswahrscheinlichkeit eines bestimmten Ereignisses falsch einschätzen. Vor allem Urteilsfehler, insbesondere der *Optimism Bias*, sind hiervon betroffen. Belegt ist ein solches Vorgehen für Anbieter:innen von Kreditkartenverträgen.<sup>102</sup> Wer die eigene Solvenz überschätzt, greift zu günstigen Kreditkarten mit niedrigen Fixkosten und hohen Straf- und Zinszahlungen bei Zahlungsausfall.<sup>103</sup> Auch für Fitnessstudioverträge liegen entsprechende Nachweise vor. So zahlen Nutzer:innen, die eine jährliche Mitgliedschaft abschließen, im Schnitt weit mehr für die einzelne Nutzung, als sie auf der Basis eines Festpreises für einzelne Nutzungen zu zahlen gehabt hätten.<sup>104</sup> Die Anbieter:innen nutzen so den *Optimism Bias* aus.<sup>105</sup>

### *IV. Abgrenzung zu anderen Steuerungsmitteln*

Um den Untersuchungsgegenstand noch besser fassen zu können, ist es hilfreich, das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten von anderen Formen der Verhaltens-

<sup>98</sup> *Johnson/Goldstein*, Science 302 (2003), 1338 (1338 f.); *Dalen/Henkens*, Soc. Sci. Med. 106 (2014), 137 (139 f.).

<sup>99</sup> *Johnson/Goldstein*, Science 302 (2003), 1338 (1338 f.); etwas geringeren Abstand findet *Ugur*, Health Econ. 24 (2015), 1560 (1566 ff.). Kritisch hingegen *Bundesamt für Gesundheit*, Erhöhung der verfügbaren Organe, 2013, S. 68 f.

<sup>100</sup> Weitere Beispiele für das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten sind etwa auf Zigaretten-schachteln angebrachte Schockbilder oder das Verbot großer Getränke in Fastfood-Restaurants; vgl. zu Verboten ggü. Privaten als Nudging ggü. Dritten *Hansen*, Eur. J. Risk Reg. 7 (2016), 155 (167 f.), sowie *Gerg*, Nudging, 2019, S. 26 ff.

<sup>101</sup> Vgl. *Eisenberg*, Stan. L. Rev. 47 (1995), 211 (214 ff.; 243 f.); *Korobkin*, U. Haw. L. R. 26 (2003), 441 (460 f.); *Bar-Gill*, Nw. U. L. Rev. 98 (2004), 1373 (1432).

<sup>102</sup> *Bar-Gill*, Nw. U. L. Rev. 98 (2004), 1373 (1376).

<sup>103</sup> *Bar-Gill*, Nw. U. L. Rev. 98 (2004), 1373 (1401 ff.); *ders.*, Minn. L. Rev. 92 (2008), 749 (786); *ders.*, U. Chi. L. Rev. 73 (2006), 33 (48 ff.).

<sup>104</sup> *DellaVigna/Malmendier*, Am. Econ. Rev. 96 (2006), 694 (714).

<sup>105</sup> Zudem passen die Hersteller:innen physischer Produkte, wie Drucker, ihr Angebot so an, dass sie damit Rationalitätsdefizite der Kund:innen ausnutzen; vgl. *Bar-Gill*, U. Chi. L. Rev. 73 (2006), 33 (38 ff.); *ders.*, Minn. L. Rev. 92 (2008), 749 (773 ff.).

steuerung abzugrenzen.<sup>106</sup> Mögliche Steuerungsmittel<sup>107</sup> lassen sich nach ihrer Wirkung auf unterschiedliche Freiheitssphären untergliedern:<sup>108</sup> Sie können die äußere Sphäre, die Entscheidungsfreiheit oder die innere Sphäre adressieren.<sup>109</sup> Hiernach sind Zwang und Umweltveränderung (unten 1.), Anreiz, insbesondere Normbefehl (unten 2.) sowie Information und das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten (unten 3.) voneinander abzuschichten.

### 1. Zwang und Umweltveränderung

Manche Steuerungsmittel wirken nur auf die äußere Sphäre des Seins ein. Betroffen ist so die Handlungs- bzw. die Seinsfreiheit – verstanden als die Freiheit von unmittelbaren Beschränkungen der Handlung bzw. des Seins.<sup>110</sup> Hierzu zählt Steuerung durch Zwang sowie durch Umweltveränderung.

Zwang umfasst die „Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, ihre Hilfsmittel und durch Waffen“ (§ 2 Abs. 1 UZwG; § 95 Abs. 1 StVollzG).<sup>111</sup> Ebenfalls alleine die äußere Sphäre berührt die Umweltveränderung, mithin die Veränderung der physischen Realität, die Handlungsmöglichkeiten unmittelbar schafft oder hinwegnimmt.<sup>112</sup> Die Umweltveränderung beschreibt

<sup>106</sup> Vgl. auch die Abgrenzung bei *Gebhardi*, Verhaltensökonomische Steuerungsinstrumente, 2022, S. 64 ff. Im Folgenden zugrundeliegende Annahme ist dabei stets, dass Präferenzen fest sind – mithin die Einwirkung gegen den eigentlichen Willen des Betroffenen stattfindet.

<sup>107</sup> Eine einheitliche Terminologie hat sich hier bisher nicht herausgebildet. Es finden sich auch die Begriffe Lenkungsinstrumente, Handlungsformen sowie (ordnungsrechtliche) Instrumente. *Meier*, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 5 f., spricht von einem „Kontinuum der Beeinflussung“.

<sup>108</sup> Zur Einordnung der Steuerungsmittel in einen steuerungstheoretischen Kontext gerade i. R. d. der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft (hierzu *Vofßkuhle*, in: *Vofßkuhle/Eifert/Möllers et al.* [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2022, § 1, Rn. 1 ff.), vgl. *Böker*, Nudge, 2021, S. 74 ff. In diese Richtung auch *Carter*, in: *Zalta/Nodelman* (Hrsg.), Stanford Encyclopedia, 2020, Liberty, § 5., die zwischen „internal und external constraints of freedom“ unterscheidet.

<sup>109</sup> Ähnlich *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 86, die von „Selbstbestimmung, [...] Entscheidungsfreiheit [und] Verhaltensfreiheit“ spricht; etwas anders die Begriffsverwendung bei *Neuner*, AcP 218 (2018), 1 (2 ff.).

<sup>110</sup> Vorausgesetzt jw., dass dies gegen den Willen der Handelnden bzw. Seienden geschieht. Vgl. zu diesem Begriff etwa *Merkel*, in: *Lampe/Pauen/Roth* (Hrsg.), Willensfreiheit, 2008, S. 332, 333; so auch *Neuner*, AcP 218 (2018), 1 (2).

<sup>111</sup> Wobei sich selbst bei diesem scheinbar klaren Begriff – insbes. dem Begriff der Gewalt – delikate Abgrenzungsfragen ergeben; hierzu etwa *Sinn*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), MüKo StGB, 2021, § 240, Rn. 29 ff.

<sup>112</sup> D. h. Infrastruktur, die dem Handeln physische oder digitale Grenzen setzt; in diese Richtung etwa *Lessig*, Code, 1999. In eine ähnliche Richtung gehen Überlegungen zu sog. „Impossibility Structures“, *Rich*, Harv. J. L. & Pub. Pol. 36 (2012), 795 (802 ff.); hierzu *Rademacher*, JZ 2019, 702 (702 ff.), m. w. N. Ein Unterschied zu den dortigen Überlegungen besteht jd. darin, dass es bei Umweltveränderung nicht darum gehen muss, „Rechtsverstöße ... rein physisch unmöglich zu machen“, *ebd.*; ähnlich *Rich*, Harv. J. L. & Pub. Pol. 36 (2012), 795 (802 ff.), mit Bezug auf die Verhinderung strafbarer Handlungen („crime“); dahingehend auch *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung, 2022, S. 40 ff. Umweltveränderung wirkt weiter – sie verhindert Hand-

ein oft übersehenes Mittel staatlicher Steuerung.<sup>113</sup> Aufmerksamkeit erregte diese Form der Gestaltung von Realität in jüngster Zeit unter dem Schlagwort „Code is Law“<sup>114</sup>. Wie Software, insbesondere das Internet, programmiert ist, setzt unseren digitalen Handlungsmöglichkeiten feste Grenzen.<sup>115</sup> Doch auch Beispiele außerhalb des digitalen Raums verdeutlichen die Macht physischer ‚Codes‘: Fahrbahnhindernisse wie Bodenwellen etwa begrenzen praktisch die maximal fahrbare Geschwindigkeit.<sup>116</sup>

## 2. *Anreiz, insbesondere Normbefehl*

Eine zweite Gruppe an Steuerungsmitteln wirkt, indem die Verantwortlichen die Konsequenzen einer Handlung bzw. Entscheidung zum Nachteil der Entscheider:innen umgestalten. Derartige Steuerungsmittel wirken auf die Entscheidungsfreiheit ein – verstanden als die Freiheit, aus mehreren Handlungsmöglichkeiten ohne mittelbare äußere Erschwerung auswählen zu können<sup>117</sup>. Umfasst sind Anreize, insbesondere in der Form von Normbefehlen.<sup>118</sup>

Der Anreiz (i. e. S.) wirkt auf die Entscheidungsfindung, indem er an eine (un-)erwünschte Handlung (finanzielle) Konsequenzen (Kosten<sup>119</sup>) knüpft. Der Anreiz stellt in der ökonomischen Theorie als (äußere) Restriktion den wesent-

---

lungsmöglichkeiten ohne eines Rechtswidrigkeitsverdikt zu bedürfen. Sie dient mithin nicht alleine dem Rechtsvollzug. Vielmehr setzt die Umweltveränderung selbst implizit ein Un-erwünschtheitsurteil.

<sup>113</sup> Dies übersehen etwa *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (690); *Lüdemann*, Edukatorisches Staats-handeln, 2004, S. 34 ff.

<sup>114</sup> *Lessig*, Code is Law, Harvard Magazine vom 1.1.2000.

<sup>115</sup> Vgl. hierzu umfassend *Beaucamp*, Rechtsdurchsetzung, 2022, S. 36 ff.

<sup>116</sup> Vgl. auch *Rademacher*, JZ 2019, 702 (703 f.), der zwischen analogen und digitalen *Impossibility Structures* unterscheidet.

<sup>117</sup> Engl. zumeist „freedom of choice“, vgl. *Sen*, Eur. Econ. Rev. 32 (1988), 269 (269 ff.), wobei die hier angesprochene Spielart der „freedom of choice“ der negativen Freiheit entspricht, hierzu *Berlin*, Four Essays on Liberty, 1969, S. 122 ff. Zu dem deutschen Begriff etwas unklare Definition bei *Neuner*, AcP 218 (2018), 1 (3), der Drohung und Täuschung als Problem der Entscheidungsfreiheit fasst. Ähnliche Verwendung wohl bei *Gerg*, Nudging, 2019, S. 43, der den Begriff synonym mit Entschließungsfreiheit zu verwenden scheint, *ibd.*, S. 45; sowie bei *Kunzendorf*, Gelenkter Wille, 2021, S. 49. Das BVerfG verwendet im Kontext wirtschaftlichen Drucks auch den Begriff „Entschließungsfreiheit“, *BVerfG*, NJW 2004, 2008 (2010 f.) – Ebenbürtigkeitsklausel/Hohenzollern; so auch *Murswiek*, DVBl 1997, 1021 (1022); hiernach auch *Gerg*, Nudging, 2019, S. 93.

<sup>118</sup> Zu der Parallele auch *Wolff*, Anreize im Recht, 2021, S. 170, wobei ihr Ansatz, dass der Normbefehl eine Verhaltensoption „normativ abschneidet“, gerade keine faktische Bewertung ist – die Handlung selbst bleibt eben, genauso wie bei einem unmittelbaren wirtschaftlichen Anreiz, möglich. Unterschiedlich sind nur die Folgen, die sich daran knüpfen, wenn die Einzelnen die (un-)erwünschte Handlung vollziehen. Treffender insoweit die Unterscheidung zwischen „Maßstabs- und [...] Befehlsgehalt“ und „Anreizgehalt“ eines Gesetzes, *ibd.*, S. 220.

<sup>119</sup> Diese Nachteile können auch darin liegen, dass die Entscheider:innen sonstige Vorteile (Kosten i. w. S.) verlieren bzw. nicht erhalten.

lichen bzw. sogar einzigen eigentlichen Grund für Verhaltensänderungen dar.<sup>120</sup> Soweit Menschen diese Konsequenzen bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen, wirkt ein Anreiz auf die Entscheidungsfreiheit ein.<sup>121</sup> Er setzt mithin (im Moment der Entscheidung) eine Kosten-Nutzen-Abwägung der Entscheider:innen voraus.<sup>122</sup> Sind die Nachteile rechtlich angeordnet, handelt es sich um einen „rechtliche[n] Anreiz“<sup>123</sup>.

Eine ähnliche Wirkweise liegt dem (grundsätzlich abstrakt-generellen) Normbefehl zugrunde.<sup>124</sup> Er gibt an sich alleine ein Sollen vor.<sup>125</sup> Erst in einem zweiten, getrennten Schritt verwirklicht sich die Sanktion, welche daran geknüpft ist, dass die Einzelnen das Sollen nicht berücksichtigen. Die Sanktion kann in der Anwendung unmittelbaren Zwangs oder einer sonstigen Folge liegen, welche selbst wieder in Form eines Sollens (etwa einer Geldzahlung) oder Zwangs auftreten kann. Normbefehle sind dabei von der Sanktion, die auf ihre Nichtbeachtung folgt, zu unterscheiden. Ökonomisch betrachtet sind die Sanktion bzw. ihre Androhung Kosten, die eine Entscheidung für das sanktio-

<sup>120</sup> Etwa *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2019, S. 26 f. Darüber hinaus setzt gerade der Normbefehl, ebenso aber auch ein Anreiz, auf einen Internalisierungsprozess. Insofern sind sie nicht alleine an die (zumindest etwas) nutzenmaximierenden Entscheider:innen gerichtet, sondern entfalten ihre Wirkung auch mittels sozialer Übung und sozialen Drucks, *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 143: „Implementationsbereitschaft der [Rechts]dressaten“ als „Voraussetzung [von] Normwirkung“; s. auch *ders.*, AöR 142 (2017), 1 (34), m. w. N., zur Wirkungs- und Effektivitätsforschung. Insofern sind sie geeignet, innere Einstellungen zu verändern – Präferenzen also zu formen – und insoweit die Idee der Präferenzstabilität in Frage zu stellen; *Sunstein*, U. Chi. L. Rev. 53 (1986), 1129 (1137).

<sup>121</sup> Vgl. *Wolff*, Anreize im Recht, 2021, S. 40 f.; insofern etwas widersprüchlich, wenn sie später feststellt, dass der Anreiz „damit auch zu einem anderen Zeitpunkt auf die Adressaten ein[wirkt] als der Rechtsbefehl“, *ebd.*, S. 168.

<sup>122</sup> *Wolff*, Anreize im Recht, 2021, S. 117: „Wirkungslogik: Rationalität“.

<sup>123</sup> Vgl. etwas anders der „rechtlich geprägte“ Anreiz; *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 397. „Ökonomisch“ ist dieser Anreiz insofern, als dass seine Nichtbefolgung Kosten verursachen kann, insges. auch in diese Richtung *Wolff*, Anreize im Recht, 2021, S. 10 ff., „Anreize als Gehalte von Rechtsakten“. Schwierig ist die Einordnung des „Publizitätsanreize[s]“, *ebd.*, S. 135 ff.

<sup>124</sup> Diese klare Einordnung verkompliziert sich, spricht man dem Rechtsgebungsakt bzw. dem Recht selbst darüberhinausgehende Gehalte zu. Herrschender Ansatz hierzu ist der des Expressiven Rechts, vgl. *Sunstein*, U. Pen. L. Rev. 144 (1996), 2021; sowie *McAdams*, Va. L. Rev. 86 (2000), 1649; *Wittlin*, Yale J. Reg. 28 (2011), 429; *McAdams*, Expressive Powers of Law, 2017; *Hoefl*, Ratio Juris 32 (2019), 339.

<sup>125</sup> Schwierig einzuordnen ist dispositives Recht („default rules“); vgl. grds. *Möslein*, Dispositives Recht, 2011, S. 129 ff.; *Tobisch*, Dispositives Recht, 2021, S. 107 ff., zu den Funktionen dispositiven Rechts, insbes. der „influenzierenden Wirkung“. Zu der ökonomischen Analyse dispositiven Rechts vgl. *Ayres/Gertner*, Yale L. J. 99 (1989), 87 (95 ff.); *dies.*, Stan. L. Rev. 51 (1999), 1591 (1594 ff.); *Strahilevitz/Luguri*, Law Contemp. Probl. 82 (2019), 139 (146 ff.). Zur Abgrenzung der klassisch-ökonomischen und der verhaltensökonomischen Sicht *Bar-Gill/Ben-Shahar*, U. Chi. L. Rev. 88 (2021), 531 (556 ff.). Soweit man auf den *Default Effect* abstellt, greifen grds. die im weiteren Verlauf der Arbeit entwickelten Maßstäbe für Voreinstellungen durch Recht.

nierte Verhalten ‚verteuern‘.<sup>126</sup> Normbefehle sind demnach Anreize i. w. S., da sie ökonomisch ebenfalls Kosten einer Entscheidung darstellen.<sup>127</sup> Ein Unterschied besteht gleichwohl: Der Normbefehl bedient sich der Konstruktion des Ver-/Gebots. Er setzt insoweit anders als der Anreiz (i. e. S.) ein Rechtswidrigkeitsverdikt.<sup>128</sup>

### 3. *Information und Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten*

Schließlich gibt es Steuerungsmittel, die alleine auf den Entscheidungsvorgang zielen – ohne dass sich die (äußeren) Konsequenzen der Handlung verändern, die aus der Entscheidung folgen. Dies umfasst Information und das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten.<sup>129</sup> Beide betreffen alleine die innere Sphäre der Adressat:innen – verstanden als deren Entscheidungsvorgang.<sup>130</sup>

#### a) *Information*

Informationen sind Aussagen über Umweltzustände.<sup>131</sup> Sie können richtig oder falsch sein.<sup>132</sup> Information hat – gerade im Rahmen der Informationsökonomie (*Economics of Information*<sup>133</sup>) – die Eigenschaft, Klarheit über Entscheidungsalternativen und -ergebnisse herzustellen. Hiernach spricht Information das rationale Entscheiden der Menschen an.<sup>134</sup> Information erlaubt es den Adressat:innen, den Nutzen ihrer Entscheidung zu erhöhen.<sup>135</sup> Dabei richtet sich Information alleine auf den Entscheidungsprozess, mithin die innere Sphäre. Sie hat (hinsichtlich der Adressat:innen) keine Außenwirkung.<sup>136</sup>

<sup>126</sup> Kirchgässner, *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 45 f.; kritisch Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 2019, S. 111 f.

<sup>127</sup> Vgl. Cooter/Ulen, *Law & Economics*, 2012, S. 463 ff., insbes. zu „Rational Crime“.

<sup>128</sup> Wolff, *Anreize im Recht*, 2021, S. 168: „Anreiz keine normative Reduktion der Verhaltensoptionen“.

<sup>129</sup> Vgl. insoweit auch die instruktive Abgrenzung von Täuschung und Manipulation bei Meier, *Täuschung und Manipulation*, 2022, S. 50 ff., der i. E. mit Manipulation das bezeichnet, was hier das „Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten“ ist.

<sup>130</sup> Auch möglich wären die Begriffe „Willensfreiheit“, „Autonomie“, „Selbstbestimmung“.

<sup>131</sup> Definitionen von Information sind dabei Legion; vgl. etwa Mast, *Staatsinformationsqualität*, 2020, S. 73 ff. Ingold, *Desinformationsrecht*, 2011, S. 21, unterscheidet syntaktische, semantische sowie pragmatische Dimensionen ebenso wie einen systemtheoretischen Zugriff.

<sup>132</sup> Ingold, *Desinformationsrecht*, 2011, S. 23 f.; nach ihm kommt für Desinformation neben der Falschheit auch ein subjektives Element der Bewusstheit bzw. der intentionalen Beeinflussung hinzu – was i. E. nicht dasselbe ist.

<sup>133</sup> Arrow, *Empirica* 23 (1996), 119 (119 ff.).

<sup>134</sup> Vgl. hierzu i. R. d. EUT oben § 1 A. I. 1.

<sup>135</sup> Sie bewirken insofern ein „Reflektives Einwirken“, Gerg, *Nudging*, 2019, S. 100. Wobei Gerg, *ebd.*, S. 62, zu Recht anmerkt, dass Information im ökonomischen Sinne alleine als Voraussetzung der Nutzenmaximierung gesehen wird und nicht dem Zweck dient, etwa „reflektierte Entscheidung“ herbeizuführen oder „autonom entscheiden“ zu können.

<sup>136</sup> Jedenfalls soweit man Informationsbeschaffungskosten und damit eine (positive) Anreizwirkung vernachlässigt. Anders freilich (1.) für die Dritten, für die sich Konsequenzen

### b) Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten

Ebenfalls *nur* in der inneren Sphäre wirkt das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten. Ein derartig wirksamer Einfluss auf die Entscheider:innen zeitigt keine (unmittelbare) Außenwirkung. Im Unterschied zu Zwang/Umweltveränderung begrenzt das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten die tatsächlichen Handlungsalternativen nicht. In Abgrenzung zu einem (rechtlichen) Anreiz ist mit der Nichtbefolgung kein durch das Gegenüber angelegter (bzw. rechtlich angeordneter) Nach- oder Vorteil verbunden.<sup>137</sup> Mittelbare Außenwirkung kann für die Einzelnen alleine dadurch entstehen, dass sie trotz der lenkenden Entscheidungsumgebung ein Verhalten wählen, mit dem sich ein Nachteil verbindet (etwa Rauchen oder Fahren ohne Gurt). Dieser Nachteil geht jedoch nicht auf Außenstehende zurück.

Auch wirkt das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten anders als Information. Beide unterscheiden sich in ihrer Wirkungsweise insofern, als dass sie (idealiter) die Menschen in unterschiedlichen Eigenschaften ansprechen.<sup>138</sup> Information zielt grundsätzlich auf eine rationale Verarbeitung insbesondere nach dem Bayesschen Gesetz. Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten zielt auf die nicht-rationalen Denkprozesse des Menschen.<sup>139</sup>

Insofern lässt sich das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten auch in die Diskussion um das Nudging einordnen. Ein Nudge ist nach der ursprünglichen Definition von *Thaler/Sunstein* ein Mittel der Verhaltenslenkung, das nur für die von Rationalitätsdefiziten geprägten Entscheider:innen (*Humans*) wirksam ist, für die rationalen Entscheider:innen (*Econs*) hingegen nicht.<sup>140</sup> Die Nichtbefolgung hat (für die Adressat:innen) keine unmittelbar nachteilige Wirkung. Insofern lässt sich der Nudge negativ gegen Anreiz und Information abgrenzen. Anreiz (inklusive Normbefehl) und Information wirken in diesem

---

aus einer Verhaltensänderung ergeben (etwa die Unternehmer:innen) und (2.), wenn Dritte gezwungen werden, Information bereitzustellen; vgl. hierzu unten § 4 B.

<sup>137</sup> Dies ist die wesentliche Unterscheidung zu dem Anreiz. Dass er „keine Rechtsform aufweis[t]“ ist insoweit etwas ungenau; so *Wolff*, *Anreize im Recht*, 2021, S. 138.

<sup>138</sup> So auch *Hansen*, *Eur. J. Risk Reg.* 7 (2016), 155 (168 f.), der jd. anders als hier ein Zweck-Element in seine Definition aufnimmt. Anders *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 271 ff., zu „Beeinflussung [...] durch Kommunikation“, unter der Annahme, dass Information „in der Regel damit nicht nur orientierenden und rein wissensvermittelnden, sondern oftmals auch empfehlenden bis hin zu appellativen [sic!] und erzieherischen [sic!] Charakter“ hat, *ebd.*, S. 170. *Sunstein*, *Libertarian Paternalism*, 2014, S. 55, sieht Information wohl pauschal als Nudge.

<sup>139</sup> *Gerg*, *Nudging*, 2019, S. 57 ff., untergliedert insoweit nach „reflektivem“ und „perzeptivem“ Einwirken. Diese Unterscheidung scheint jd. i. E. nicht sehr klar, da undeutlich bleibt, was genau das differenzierende Kriterium ist – insbes. ob die Unterscheidung final oder modal zu treffen ist und worin genau sich Verstand und Intuition unterscheiden sollen.

<sup>140</sup> *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 2009, S. 8: „any factor that significantly alters the behavior of Humans, even though it would be ignored by Econs“; etwas anders wohl *Sunstein*, *Behav. Pub. Pol.* 6 (2022), 654 (658).

Sinne auf *Econs* verhaltenslenkend ein. Der Nudge hingegen steuert vermittelt Entscheidungsprozessen, die nur *Humans* aufweisen – dies sind gerade Rationalitätsdefizite.<sup>141</sup> Nudging (i. e. S.) ist also ein Steuerungsmittel<sup>142</sup> – *kein* Steuerungszweck.<sup>143</sup> Das Ziel der Intervention spielt auf dieser Ebene keine Rolle.<sup>144</sup> Gleichwohl ist der Begriff des Nudging oft in einem Zweck-Sinne konnotiert (Nudging i. w. S.) – etwa mit dem Ziel, Entscheidungen über Gesundheit, Wohlstand und Glück zu verbessern.<sup>145</sup> Die vorliegende Arbeit jedoch verwendet den Begriff als Nudging i. e. S.<sup>146</sup> Insofern entspricht das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten dem Nudging (i. e. S.) – es handelt sich um zwei Bezeichnungen für denselben Vorgang.

Eben die klare Abgrenzbarkeit zu anderen Steuerungsmitteln macht das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten zu einem lohnenden wie drängenden eigenen Forschungsgegenstand.

## V. *Entscheidungslenkung am Beispiel „Dark Patterns“*

Um zu verdeutlichen, wie Private durch die Gestaltung einer Entscheidungsumgebung Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen können, hilft es, das Beispiel der Dark Patterns detaillierter zu beleuchten.<sup>147</sup>

### 1. *Definition von Dark Patterns*

Beispiele für Entscheidungsumgebungen, die Forschung und Journalismus mit dem Schlagwort Dark Patterns in Verbindung bringen, finden sich viele. Hierzu zählen Voreinstellungen für Eingabemöglichkeiten. Ebenso fallen Countdowns für Entscheidungen, Verweise auf eine (vermeintliche) Knappheit und das (vermeintliche) Verhalten anderer wie die farbliche und sonstige graphische Gestaltung von Benutzungsoberflächen darunter.<sup>148</sup> So zählen manche 20 Dark

<sup>141</sup> Hansen, Eur. J. Risk Reg. 7 (2016), 155 (158).

<sup>142</sup> Dworkin, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), Stanford Encyclopedia, 2020, Paternalism, § 4.1: „Nudging is about means not ends“.

<sup>143</sup> I. E. auch Baer, *Steuerung durch Nudging*, 2023, S. 87 f.; Kunzendorf, *Gelenkter Wille*, 2021, S. 48 f.; vgl. zu dem hier verfolgten sowie weiteren Definitionsansätzen Hansen, in: Straßheim/Beck (Hrsg.), *Behavioural Change*, 2019, S. 63, 68 f.

<sup>144</sup> Es kommt erst dort zum Tragen, wo es um die philosophische und rechtliche Bewertung der Steuerung geht; hierzu unten § 1 B. I., II. sowie § 2 D. IV. 1. a); Thaler/Sunstein, *Nudge*, 2009, S. 5.

<sup>145</sup> Vgl. hierzu den Untertitel des Buchs von Thaler/Sunstein („Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness“), die selbst Nudging in diesem Sinne verwendet sehen wollen. So auch Sunstein, *Libertarian Paternalism*, 2014, S. 58.

<sup>146</sup> In diese Richtung wohl Sunstein in neueren Veröffentlichungen, Sunstein, *Behav. Pub. Pol.* 6 (2022), 654 (660).

<sup>147</sup> Vgl. zu dem Folgenden bereits Weinzierl, NVwZ-Extra 15/2020, 1 (1 ff.), worauf die folgenden Ausführungen zum Teil beruhen.

<sup>148</sup> Vgl. Weinzierl, NVwZ-Extra 15/2020, 1 (1); Martini/Drews et al., ZfDR 2021, 47 (52).

Patterns in fünf Kategorien<sup>149</sup>, andere zählen 15 Dark Patterns in fünf Kategorien<sup>150</sup>, wieder andere nennen elf Kategorien mit 20 Unterkategorien<sup>151</sup>. All diese Dark Patterns zielen zumeist darauf, dass die Gelenkten mehr Daten von sich preisgeben oder mehr Produkte erwerben, als sie eigentlich wollen.

Dabei herrscht über die Definition von Dark Patterns bislang keine Einigkeit. Den Begriff „Dark Patterns“ zuerst verwendet hat der Interfacedesigner *Harry Brignull*.<sup>152</sup> Er definiert ein Dark Pattern als „eine Benutzungsoberfläche, die sorgfältig ausgearbeitet wurde, um Nutzer:innen auszutricksen, damit sie Dinge tun, die sie sonst möglicherweise nicht tun würden“<sup>153</sup>. Seitdem hat sich ein bunter Strauß an variierende Definitionen von Dark Patterns entwickelt.<sup>154</sup>

Wesentlicher Punkt, an dem sich vorhandene Definitionsansätze unterscheiden, ist der Mechanismus, mithilfe dessen eine Benutzungsoberfläche (engl. „user interface“) die Entscheidung der Nutzer:innen lenkt. Eine Gruppe bleibt dabei bei einer oberflächlichen Beschreibung stehen. Sie setzt den Fokus auf die verwendeten Designelemente und ist so vage, was den eigentlichen Mechanismus betrifft, der die Entscheidung der Nutzer:innen lenkt.<sup>155</sup> Eine zweite Gruppe benennt den Mechanismus der Steuerung, etwa „zwingen [...] oder täuschen“<sup>156</sup>. Jedoch läuft diese Definition Gefahr, alleine manche Mechanismen der Lenkung zu erfassen. Sie ist damit sehr eng. Die dritte Gruppe findet mit Blick auf die wirkenden Mechanismen die klarste Definition: Zentral für den Wirkmechanismus sind nach ihr die Eigenheiten menschlichen Entscheidens. Deutlich bringt dies *Hartzog* zum Ausdruck, der dezidiert von dem „Ausnutzen

<sup>149</sup> *Martini/Drews et al.*, ZfDR 2021, 47 (52).

<sup>150</sup> *Mathur/Acar et al.*, Proc. ACM Hum.-Comput. Interact. 3 (2019), CSCW Nr. 81, 1 (12).

<sup>151</sup> *Conti/Sobiesk*, in: Rappa/Jones/Freire et al. (Hrsg.), ACM WWW '10 Proceedings, 2010, S. 271, 273.

<sup>152</sup> Dieser rief im Jahr 2010 die Webseite *darkpatterns.org* ins Leben, um dort von ihm identifizierte Dark Patterns zu protokollieren und auf das Phänomen aufmerksam zu machen. S. Selbstbeschreibung von *Brignull*, Dark Patterns, *darkpatterns.org*.

<sup>153</sup> *Brignull*, Dark Patterns: Inside, *The Verge*, 29.8.2013: „user interface carefully crafted to trick users into doing things they might not otherwise do“, Übers. d. Verf.; ähnlich *ders.*, Dark Patterns, *darkpatterns.org*; *ders.*, Dark Patterns: Dirty Tricks, *90 Percent of Everything*, 8.7.2010.

<sup>154</sup> *Mathur/Mayer et al.*, Proc. ACM Hum.-Comput. Interact. 2021, Nr. 360, 1 (2 ff.), mit einer umfassenden Auswertung bestehender Definitionen.

<sup>155</sup> *Bogenstahl*, Dark Patterns, 2019, S. 1, spricht insofern von „Designmuster[n] von Internetseiten“. Andere gehen einen Schritt weiter und beziehen sich auf die missbräuchliche Nutzung solcher Elemente, seien es Verletzungen von „design best practices“, *Conti/Sobiesk*, in: Rappa/Jones/Freire et al. (Hrsg.), ACM WWW '10 Proceedings, 2010, S. 271, 271, oder der Umstand, dass das Design „malicious interaction flows“ etabliert, *Nouwens/Liccardi et al.*, in: Bernhaupt/Mueller/Verweij (Hrsg.), ACM CHI '20 Proceedings, 2020, Paper 194, S. 1, 3, unter Verweis auf *Gray/Kou et al.*, Proc. ACM Hum.-Comput. Interact. 2018, Nr. 534, 1.

<sup>156</sup> *Mathur/Acar et al.*, Proc. ACM Hum.-Comput. Interact. 3 (2019), CSCW Nr. 81, 1 (1), Übers. d. Verf. („coercing, [...] or deceiving“); in diese Richtung auch *Utz/Degeling et al.*, in: Cavallaro/Kinder/Wang et al. (Hrsg.), ACM CCS '19 Proceedings, 2019, S. 973, 976.

kognitiver Verletzlichkeiten“<sup>157</sup> spricht. Diesem, auf den Wirkmechanismus bezogenen Ansatz, folgt die vorliegende Untersuchung.

Erforderlich ist zudem, dass die Steuerung hin zu einem für die Nutzer:innen nachteiligen Verhalten erfolgt. Nachteilig ist das Verhalten dabei insoweit, als es nicht den eigentlichen Interessen der Nutzer:innen entspricht und grundsätzlich zum Vorteil der Verwender:innen des Dark Patterns wirkt.<sup>158</sup> Insofern geht es um ein Verhalten, das von dem ‚eigentlichen Willen‘ der Nutzer:innen abweicht.<sup>159</sup>

Verantwortlich für die Verwendung ist dabei stets die Person, welche hinter der Webseite steht, auf der das Dark Pattern zum Einsatz kommt. Davon zu trennen ist die Frage, auf wen die Gestaltung der Benutzungsoberfläche zurückgeht. Die Definition von Dark Patterns sollte dies bewusst offenlassen. Denn Dark Patterns können auf verschiedene Akteur:innen zurückgehen. Zumeist sind dies die Interfacedesigner:innen selbst. Doch auch technische Systeme, etwa eine Künstliche Intelligenz (KI), könnten Dark Patterns hervorbringen. So können Verwender:innen eine KI einsetzen, die darauf ausgelegt ist, Interface Designs zu testen und dahingehend zu optimieren, Zustimmungen oder Vertragsabschlüsse zu erlangen.

Schließlich bedarf es keines subjektiven Elements dafür, dass ein Dark Pattern vorliegt. Aus Sicht der Nutzer:innen ist es grundsätzlich gleichgültig, warum die Gestaltung einer Benutzungsoberfläche sie zu einem nachteiligen Handeln bewegt. Gerade der Einsatz automatisierter Systeme, die Interfaces erstellen, würde sonst allzu leicht aus der Definition herausfallen.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> *Hartzog*, *Privacy’s Blueprint*, 2018, S. 146, Übers. d. Verf. („exploiting cognitive vulnerabilities“). *Brignull* spricht sehr einfach von „tricks“ – er macht j.d. klar, dass diese im Bezug zu einem „solid understanding of human psychology“ stehen, *Brignull*, *Dark Patterns: Dirty Tricks, 90 Percent of Everything*, 8.7.2010. In diese Richtung auch *McSpedden-Brown*, *Dark Commercial Patterns*, 2022, S. 16.

<sup>158</sup> Manche Definitionen stellen alleine auf die Ergebnisse für die Verwender:innen, also das Subjekt, ab. Einerseits *objektiv*: *Mathur/Acar et al.*, *Proc. ACM Hum.-Comput. Interact.* 3 (2019), CSCW Nr. 81, 1 (2), benennen als Ziel etwa „benefit an online service“. Andererseits *subjektiv*: Nach *Nouwens/Liccardi et al.*, in: Bernhaupt/Mueller/Verweij (Hrsg.), *ACM CHI ’20 Proceedings*, 2020, Paper 194, S. 1, 3, geht es darum, „to guide end-users into desired behaviour“, also um das von den Verwender:innen erhoffte Verhalten der Nutzer:innen.

<sup>159</sup> Entscheidend ist mithin eine subjektive Definition des Nachteils, relativ zum Nutzer:innen-Willen (bzw. zum hypothetischen Alternativverhalten). Der andere Ansatz fokussiert auf einen objektiv verstandenen Nachteil, relativ zu als vorteilhaft angenommenem Alternativverhalten. Paradigmatisch *Utz/Degeling et al.*, in: Cavallaro/Kinder/Wang et al. (Hrsg.), *ACM CCS ’19 Proceedings*, 2019, S. 973, 976: Nach diesen ist das Ziel „accepting privacyunfriendly options“. Zugrunde liegt die Annahme der objektiven Bestimmbarkeit von datenschutzfreundlichen und -unfreundlichen Alternativen.

<sup>160</sup> Anders wohl die Großzahl der vorhandenen Definitionen, die zumeist ein subjektives Verhältnis der Handelnden zum Mittel i. F. e. Wollens vorsehen. Sie sprechen von *Conti/Sobieski*, in: *Rappa/Jones/Freire et al.* (Hrsg.), *ACM WWW ’10 Proceedings*, 2010, S. 271, 271: „deliberately“; *Bösch/Erb et al.*, *Proc. Priv. Enhancing Tech.* 2016, 237 (241): „purposefully and intentionally“; *Bogenstahl*, *Dark Patterns*, 2019, S. 1: „die darauf ausgelegt sind“.

Zusammengenommen sind Dark Patterns mithin Interface Designs, die Schwächen menschlichen Entscheidens ausnutzen und die Nutzer:innen so zu einem für sie nachteiligen Verhalten bringen.<sup>161</sup>

## 2. Dark Patterns im verhaltensökonomischen Licht

Dark Patterns zeichnen sich dadurch aus, dass sie Schwächen menschlichen Entscheidens ausnutzen. Um den Mechanismus besser zu verstehen, hilft eine verhaltensökonomische Reflexion dieser Schwächen weiter.

### a) Dark Patterns und Rationalitätsdefizite

Betrachtet man die zahlreichen Beispiele für Dark Patterns genauer, fällt auf, dass sie allzu oft spezifische, von der Forschung identifizierte Rationalitätsdefizite ansprechen.<sup>162</sup> Einige Beispiele machen dies deutlich. Voreinstellungen adressieren den *Default Bias*; Countdowns zielen auf schnelles und automatisches Denken; Verweise auf Knappheit schaffen *Loss Aversion*; Verweise auf das Verhalten anderer Nutzer:innen bedienen die *Availability Heuristic* und den *Confirmation Bias*; bestimmte Arten, Fragen und Informationen zu präsentieren, zielen auf *Framing*. Schließlich können farbliche und sonstige graphische Gestaltungen der Benutzungsoberfläche sowie ein Zwang zu entscheiden all diese Effekte verstärken und verschleiern.

Dass die meisten Dark Patterns einem Rationalitätsdefizit zuordenbar sind, bedeutet gleichwohl nicht, dass es möglich ist, jedes Dark Pattern spezifisch auf ein empirisch festgestelltes Rationalitätsdefizit zu beziehen. Dies ist aber gar nicht erforderlich, um den Wirkmechanismus entsprechend einzugrenzen. Soweit feststeht, dass Nutzer:innen eine gewisse Entscheidung voll-rational nicht getroffen hätten, mithin keine Anreiz- oder sonstige Steuerungswirkung von einer Entscheidungsgestaltung ausgeht, ist zu vermuten, dass ein (unbenanntes) Rationalitätsdefizit die Entscheidung hervorgerufen hat.

Insofern sind Dark Patterns die dunkle Seite des Nudging i. w. S.<sup>163</sup> Um den Lenkungszweck ebenso wie den verhaltenwissenschaftlichen Hintergrund, mithin das Steuerungsmittel, besonders herauszustellen, lassen sich Dark Patterns auch als *Dark Nudging* bezeichnen.<sup>164</sup> Denn sie lenken das Verhalten der Gegenüber, jedoch nicht zu deren Vor-, sondern vielmehr zu deren Nachteil.

<sup>161</sup> Dieser Definitionsansatz soll dabei keine juristische Definition sein oder *a priori* ein Verwerflichkeitsurteil enthalten. Es geht vielmehr darum, ein teilweise diffuses Phänomen mit einer arbeitsfähigen Definition zu beschreiben.

<sup>162</sup> Mathur/Acar et al., Proc. ACM Hum.-Comput. Interact. 3 (2019), CSCW Nr. 81, 1 (12); Jarovsky, Dark Patterns, SSRN, 31.3.2022, S. 13 ff.

<sup>163</sup> I. w. S. deshalb, da die Definition von Dark Patterns nicht nur ein Mittel, sondern auch einen Zweck enthält, zu dem die Verwender:innen es einsetzen. S. hierzu oben § 1 A. IV. 3.

<sup>164</sup> Thaler selbst spricht von „Sludge“, Thaler, Science 361 (2018), 431; hierzu auch Reisch, Wirtschaftsdienst 100 (2020), 87 (90).

## b) Möglichkeit des Ausnutzens – Gezieltes Testen

Wie die Beispiele der Kreditkarten- und Fitnessstudioverträge zeigen, nutzen Anbieter:innen Rationalitätsdefizite auch in der Offline-Welt aus.<sup>165</sup> Doch besteht zwischen in der Online-Welt wirksamen Dark Patterns und den früher beschriebenen Phänomenen des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten in der Offline-Welt ein entscheidender Unterschied. Dark Patterns beziehen sich nicht auf die Konditionen eines Angebots selbst (etwa Zahlungsmodalitäten und Zinssätze).<sup>166</sup> Sie wirken vielmehr vermittelt der gesamten digitalen Entscheidungs-umgebung. Hierdurch ist es möglich, Rationalitätsdefizite der Nutzer:innen gezielt und auf vielfältige Weise anzusprechen und damit auszunutzen.<sup>167</sup>

Dabei begründet die einfache Möglichkeit, das Entscheidungsumfeld anzupassen, um Rationalitätsdefizite auszunutzen, eine spezifische Gefährlichkeit in der digitalen Welt.<sup>168</sup> Labor- oder Feldtests erlauben es den Verwender:innen, die Wirksamkeit ihrer Designentscheidungen gezielt zu untersuchen und zu steigern. So können sie Gestaltungsvarianten durch sog. A/B-Tests gegeneinander prüfen.<sup>169</sup> Ein solcher Wirksamkeitsvergleich ermöglicht es, die Effekte verschiedener Gestaltungsvarianten auf das Entscheidungsverhalten detailliert zu bewerten.<sup>170</sup> Derartige Test sind im digitalen Raum besonders einfach durchzuführen.<sup>171</sup> Digitalkonzerne mit Millionen Nutzer:innen haben Zugriff auf fast unerschöpfliches Versuchsmaterial. Dass die Konzerne von der Möglichkeit Gebrauch machen, Designentscheidungen an ihren Nutzer:innen zu testen, ist bekannt. Google etwa hat einmal 40 Blaustufen daraufhin getestet, wie sie die Interaktionsraten mit den Links in Suchergebnissen steigern.<sup>172</sup> Wie sehr Digitalkonzerne diese Möglichkeiten mit Blick auf Dark Patterns einsetzen, scheint noch wenig erforscht. Davon auszugehen, dass sie derartige Test nicht vornehmen, wäre gleichwohl naiv.

Perspektivisch könnte sich das Potenzial, Rationalitätsdefizite gezielt anzusprechen, noch erhöhen. Anbieter:innen ist es heute möglich, riesige Datenmengen zu sammeln und auszuwerten (sog. *Big Data*).<sup>173</sup> Big Data eröffnet

<sup>165</sup> *Hanson/Kysar*, N.Y.U.L. Rev. 74 (1999), 630 (727 ff.), haben die Offline-Gefahren schon früh erkannt.

<sup>166</sup> Etwa *Bar-Gill*, Minn. L. Rev. 92 (2008), 749 (765 ff.); *Hacker*, Eur. Rev. Private L. 7 (2017), 266 (269 ff.): „exploitative contracts“.

<sup>167</sup> So ließe sich auch von „Dark Digital Nudging“ sprechen.

<sup>168</sup> Auf diese Gefahr weisen auch *Helberger/Sax et al.*, J. Cons. Pol. 45 (2022), 175 (186 ff.), hin.

<sup>169</sup> Diese Gefahr sieht auch *Europäische Kommission*, Guidance UCPD, 29.12.2021, S. 100.

<sup>170</sup> *Schneider/Weinmann et al.*, Commun. ACM 61 Issue 7 (2018), 67 (72). Dies lässt, mit Blick auf die praktische Wirksamkeit von Dark Patterns, das „Wissensproblem“, *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 143, in den Hintergrund rücken.

<sup>171</sup> Dies betonen *Helberger/Micklitz et al.*, in: *Helberger/Lynskey/Micklitz et al.* (Hrsg.), EU Consumer Protection 2.0, 2021, S. 1, 18 ff.

<sup>172</sup> *Hern*, Google, The Guardian vom 2.5.2014.

<sup>173</sup> Vgl. hierzu statt vieler *Volk/Staegemann et al.*, in: *Kollmann* (Hrsg.), Handbuch Digitale

Anbieter:innen die Möglichkeit, individuelle Nutzer:innenprofile anzulegen und darauf aufbauend ihre Dienste personalisiert anzubieten. So sind personalisierte Werbung und Suchergebnisse bereits gang und gäbe.<sup>174</sup> Gleiches gilt für personalisierte Preise.<sup>175</sup> Eine Aufklärung durch personalisierte Information ist ebenso denkbar wie personalisiertes Recht.<sup>176</sup> Mit Hilfe derselben Methode lassen sich Dark Patterns personalisieren (*Personalized Dark Patterns*).<sup>177</sup> Gerade angesichts dieses Entwicklungspotenzials verlangt das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten besondere Aufmerksamkeit.

### c) Wirksamkeit

Studien zur Wirksamkeit verhaltensbeeinflussender Benutzungsoberflächen unterstützen den Befund, dass Dark Patterns das Entscheidungsverhalten der Nutzer:innen effektiv steuern. Zwar ist es noch nicht möglich, die Wirksamkeit einzelner Dark Patterns abschließend zu bewerten – gerade die stete Wandelbarkeit macht eine verallgemeinernde Aussage sehr schwierig. Die vorhandenen Studien belegen gleichwohl beachtliche Steuerungseffekte.<sup>178</sup> So kann bereits die Anzeigeposition eines Cookie-Banners auf Bildschirmen einen signifikanten Effekt auf das Entscheidungsverhalten haben.<sup>179</sup> Spezifischere Untersuchungen zeigen, dass Dark Patterns die Zustimmungsraten zu einem (fiktiven) Datenschutzservice mehr als verdoppeln können – von 11,3 % auf 25,8 % bei milden und auf 41,9 % bei aggressiven Dark Patterns.<sup>180</sup> Neben spezifischen Studien indiziert zudem die allgemeine verhaltenswissenschaftliche Literatur, dass Rationalitätsdefizite starke Effekte auslösen können,<sup>181</sup> die Ent-

---

Wirtschaft, 2020, S. 1037, 1037 ff. Das hierfür angewendete Vorgehen beschreiben im rechtswissenschaftlichen Kontext *Meier*, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 314 ff.

<sup>174</sup> Vgl. *Zuiderveen Borgesius*, IEEE Sec. Priv. 11 (2013), 82; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme Behavioural Targeting, 22.6.2010.

<sup>175</sup> *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447 (447 ff.); *Schäfers*, AcP 221 (2021), 32 (35 f.).

<sup>176</sup> *Sunstein*, U. Pen. L. Rev. 162 (2013), 1 (48 ff.); *Porat/Strahilevitz*, Mich. L. Rev. 112 (2014), 1417 (1422 ff.); *Hacker*, Int. Data Priv. L. 7 (2017), 266 (282 f.); *Busch*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 309 (313 ff.).

<sup>177</sup> In diese Richtung *Hacker*, Int. Data Priv. L. 7 (2017), 266 (270); *Susser/Roessler et al.*, Internet Pol. Rev. 8 (2019), 1 (6 f.); *Schäfers*, AcP 221 (2021), 32 (36); *Meier*, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 321 ff. Aus UI-Perspektive *Conti/Sobieski*, IEEE Sec. Priv. 7 (2009), 72 (73). Dies übersieht *Schwartz*, Stan. L. Rev. 67 (2015), 1373 (1380).

<sup>178</sup> S. die Literaturübersicht bei *Lupiáñez-Villanueva/Boluda et al.*, Unfair Commercial Practices, 16.5.2022, S. 89 ff., sowie bei *McSpedden-Brown*, Dark Commercial Patterns, 2022, S. 21 ff.

<sup>179</sup> *Utz/Degeling et al.*, in: Cavallaro/Kinder/Wang et al. (Hrsg.), ACM CCS '19 Proceedings, 2019, S. 973, 980 f.

<sup>180</sup> *Luguri/Strahilevitz*, J. Leg. Anal. 13 (2021), 43 (65). Etwas weniger starke Effekte messen *Lupiáñez-Villanueva/Boluda et al.*, Unfair Commercial Practices, 16.5.2022, S. 103 ff.

<sup>181</sup> Zu *Digital Nudging* vgl. *Schneider/Weinmann et al.*, Commun. ACM 61 Issue 7 (2018), 67 (67 ff.). Kritisch *Schwartz*, Stan. L. Rev. 67 (2015), 1373 (1390 ff.).

scheidungsarchitekt:innen wiederum durch gezieltes Ausnutzen zu aktivieren vermögen.

Auf der individuellen Ebene ist damit klar, dass Anbieter:innen dadurch, dass sie die Umgebung einer Entscheidung auf eine gewisse Weise gestalten, Rationalitätsdefizite der Entscheider:innen ausnutzen und so deren Entscheidung beeinflussen können. Eben hierin liegt der Wirkmechanismus und damit der Wesenskern von Dark Patterns.

## B. Entscheidungslenkung, Autonomie und Paternalismus

Die verhaltenswissenschaftliche Einordnung des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten war bislang rein deskriptiver Natur. Sie schafft einen Verständnisrahmen für ein Phänomen – sie sagt indes nichts darüber aus, wie es normativ zu beurteilen ist. Eine normative Bewertung wird möglich, ordnet man das Steuerungsmittel in die Diskussion um Autonomie (unten I.) und Paternalismus (unten II.) ein.

### I. (Prozess-)Autonomie

Um das Wesen des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten noch besser zu begreifen, bedarf es einer näheren Zuwendung zur Autonomie. Es gilt zu ermitteln, wie es sich zu der Autonomie der Einzelnen verhält, wenn der Staat oder Private deren Verhalten dadurch steuern, dass sie ihre Rationalitätsdefizite ausnutzen.

#### 1. Maßstab: Ideale Autonomie

Autonomie bedeutet grundsätzlich die Fähigkeit, sich selbst zu regieren.<sup>182</sup> Das Konzept und der Begriff der Autonomie beziehen sich auf die innere Sphäre des Menschen – seinen Willen und seine Willensbildung, kurz: das Entscheiden.<sup>183</sup> Dabei findet der Begriff ‚Autonomie‘ gemeinhin mit unterschiedlichen Kon-

<sup>182</sup> *Christman*, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia*, 2020, *Autonomy*, § 1. Dabei kann und soll hier die Diskussion um Willensfreiheit und Determinismus nicht aufgerollt werden. Entscheidend ist, dass der grundrechtliche Freiheitsschutz nicht nur der äußeren, sondern auch der inneren Sphäre unabhängig davon gilt, ob der Wille bzw. der Willensbildungsprozess determiniert ist. Der freiheitsrechtliche Abwehrensanspruch gilt für vorgefundene Freiheit, gleich ihrer Ausprägung, s. hierzu unten § 2 B. V. 2. Noch weniger interessiert hier die damit verknüpfte Diskussion um Verantwortlichkeit und damit den (In-)Kompatibilismus; vgl. *Merkel*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), *Willensfreiheit*, 2008, S. 332, 338 ff.

<sup>183</sup> Demgegenüber beschreibt Freiheit die äußere Sphäre. Freiheit ist denkbar als relative Freiheit, mithin in Bezug auf die Autonomie – etwa frei von nicht gewollten Schmerzen sein. Ebenso lässt sich Freiheit als absolute Freiheit verstehen, mithin als Freiheit von äußeren Beschränkungen bzw. als Abwesenheit von Einwirkung auf innegehabte Güter. Vgl. *Dworkin*, *Autonomy*, 1988, S. 14, zu „liberty“. Man könnte mit *Sen*, *Oxford Economic Papers* 45 (1993), 519 (522 f.), auch von dem „[o]pportunity aspect and process aspect of freedom“ sprechen.

notationen Verwendung: Als Ideal, als Zuschreibung und als Verantwortungsbegründung.<sup>184</sup> In all diesen Kontexten wohnt dem Konzept von Autonomie ein unterschiedlicher Bedeutungsgehalt inne.<sup>185</sup>

Ein Idealtypus – mithin Autonomie in ihrer Reinform – kann hohe ‚Anforderungen‘ an autonomes Entscheiden stellen. Denn er formuliert nur erstrebenswerte bzw. überlegungsleitende Eigenschaften. Verantwortungsbegründende Autonomie – als Voraussetzung für (moralische) Verantwortlichkeit oder als Grundlage dafür, dass den Einzelnen gewisse Rechte oder Pflichten zukommen<sup>186</sup> – könnte hingegen an hohen Anforderungen für ‚autonomes Entscheiden‘ scheitern. Hohe Schwellen für Autonomie geraten hier in die Gefahr, lebensfremd zu werden – moralische oder rechtliche Verantwortung wäre dann gegebenenfalls weitgehend ausgeschlossen. Bei verantwortungsbegründender Autonomie geht es mithin um ‚hinreichende‘ Basis-Autonomie („basic autonomy“<sup>187</sup>).

Zwischen den Polen der idealen Autonomie und der Basis-Autonomie eröffnet sich ein weites Feld mehr oder weniger autonomer Entscheidungen. Tatsächlich bestehende Autonomie ist insofern nicht absolut bzw. binär, sondern jeweils nur mit Blick auf die jeweilige Frage wie auch den Kontext der Entscheidung zu beschreiben.<sup>188</sup> Gründe für derartig graduelle Autonomie können vielfältig sein. So führen etwa verschieden ausgeprägte Kapazitäten des Entscheidens und situative Umstände dazu, dass Autonomie mehr oder weniger stark vorhanden ist.

Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten kommt mit der Autonomie in Konflikt, wenn es als Einwirkung auf den Entscheidungsprozess autonomieverkürzend wirkt. Die Bewertung hat von dem Idealtypus von Autonomie auszugehen. Die Basis-Autonomie ist hingegen keine hilfreiche Größe, um verwerfliche Einwirkungen auszuschließen.<sup>189</sup> Als verantwortungsbegründende

<sup>184</sup> Vgl. hierzu etwa *Christman*, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia*, 2020, *Autonomy*, § 1.2; *Bumke*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, S. 3, 19 ff. Diese Dimensionen scheint *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 91 ff., etwas zu übergehen. Vgl. zudem auch *Dworkin*, *Autonomy*, 1988, S. 5 f., zu den verschiedenen Bedeutungsgehalten.

<sup>185</sup> Noch eine andere Dimension beschreibt *Kant* mit dem Konzept moralischer Autonomie – also der Frage, welche moralischen Anforderungen an unser Handeln aus Autonomie folgen; vgl. *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, 2001, S. 5; s. auch *Hacker*, in: Micklitz/Sibony/Esposito (Hrsg.), *Consumer Law*, 2018, S. 77, 85 ff., zur Untauglichkeit dieses Konzepts im hiesigen Kontext.

<sup>186</sup> I. E. ist dies auch eine zurechnungsorientierte Perspektive, mithin die Frage, ob eine so zustande gekommene Entscheidung noch als autonom i. S. e. Voraussetzung von Zurechnung zu sehen ist.

<sup>187</sup> *Christman*, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia*, 2020, *Autonomy*, § 1.1.

<sup>188</sup> *Hacker*, in: Micklitz/Sibony/Esposito (Hrsg.), *Consumer Law*, 2018, S. 77, 93.

<sup>189</sup> Eben dieser unterschiedliche Fokus verschiedener Autonomiekonzepte bleibt oft unbeleuchtet. So geht *Hacker*, in: Micklitz/Sibony/Esposito (Hrsg.), *Consumer Law*, 2018, S. 77, 96, Fn. 89, davon aus, dass sein Standard von Autonomie ein „minimal requirement“ und die

Minimal-Perspektive kann sie nur helfen zu bestimmen, ob eine durch äußere Einflüsse (mit-)hervorgerufene Entscheidung noch hinreichend autonom ist, um an diese etwa Rechtsfolgen anzuknüpfen.<sup>190</sup> Als Maßstab dafür, verwerfliche Einwirkungen auf die Autonomie zu bestimmen, eignet sich Basis-Autonomie jedoch nicht. Denn dies hätte zur Folge, dass jede Einwirkung hinzunehmen wäre, die diese minimale Autonomie bestehen lässt.

## 2. *Bestimmung idealer Autonomie*

Als Parameter idealer Autonomie finden sich insbesondere zwei verschiedene Argumentationsstränge: ein Kompetenz- (unten a)) und ein Authentizitätsansatz (unten b)). Beide fokussieren auf den Denk- bzw. Entscheidungsprozess, mithin die *Prozessautonomie* der Entscheider:innen. Nur ein solcher Autonomieansatz ist hier relevant. Denn das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten betrifft nur den Entscheidungsprozess der Einzelnen.<sup>191</sup> Dies ist zu unterscheiden von der Autonomie hinsichtlich des substantiellen Inhalts einer Entscheidung bzw. ihren Maßstäben im Sinne der Nutzenfunktion, mithin der *Präferenzautonomie* der Entscheider:innen.<sup>192</sup> Letztere lässt das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten unberührt.

### a) *Konsequentialistischer, insbesondere utilitaristischer, Kompetenzansatz*

Eine Spielart der Prozessautonomie stellt die Fähigkeiten der Entscheider:innen in den Vordergrund, eine Entscheidung zu treffen (Kompetenzkriterium). Hiernach setzt Autonomie kognitive Kapazitäten voraus.<sup>193</sup> Ideale Autonomie liegt vor, wenn Entscheider:innen die Fähigkeit zu rationalen und zudem reflektierten, bewussten Willensbildungsprozessen haben.<sup>194</sup>

---

entscheidende Frage somit ist, ob Entscheidungen noch als autonom gelten können. Insofern auch die Beschreibung bei *ders.*, in: Micklitz/Sibony/Esposito (Hrsg.), *Consumer Law*, 2018, S. 77, 90, dass der Ansatz von *G. Dworkin* „three necessary criteria for autonomy“ beinhaltet, mithin Mindestvoraussetzungen. Auch *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 292, scheint von so einer Minimal-Perspektive aus zu denken, obwohl er anerkennt, dass es daneben auch einen „Idealtypus“ gibt, *ebd.*, S. 292, Fn. 830. Ebenso *Böker*, *Nudge*, 2021, S. 90 ff., der abstellt auf *Feinberg*, *Harm to Self*, 1989.

<sup>190</sup> Ähnlich *Alemanno/Sibony*, in: dies. (Hrsg.), *Nudge and Law*, 2015, S. 325, 329.

<sup>191</sup> S. hierzu oben § 1 A. III. 2.

<sup>192</sup> Vgl. zu diesem Begriff insbes. *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2015, S. 326 ff. Auch *Martini*, *Hoheitliche Verteilungslenkung*, 2008, S. 228 ff.; *Schmolke*, *Selbstbindung im Privatrecht*, 2014, S. 105; *Künzler*, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?*, 2009, S. 183 ff.

<sup>193</sup> Es geht mithin um die „tatsächliche Fähigkeit des Individuums [...], sein Leben zu steuern“, *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 195.

<sup>194</sup> *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 228, der insoweit vom „Prototyp individueller Selbstbestimmung“ spricht; so auch *O'Hara*, *AöR* 145 (2020), 133 (159, Fn. 87), der ein „tatsächliches, entsprechende Fähigkeiten voraussetzendes Verständnis“ von Autonomie anlegt, wonach Autonomie „eine tatsächliche Eigenschaft des Denkens [...], nämlich die der Eigenständigkeit einschließlich der Abwesenheit von Fremdsteuerung“ ist.

Ein solches Autonomieverständnis steht in der Tradition konsequentialistischen, insbesondere utilitaristischen Denkens. Der Utilitarismus nach *Mill* geht davon aus, dass der gesamtgesellschaftliche Nutzen am größten ist, wenn alle die Selbstbestimmung aller Einzelnen (in eigener Angelegenheit) achten.<sup>195</sup> Denn nur das Individuum hat das Wissen, zu beurteilen, und das Interesse, zu verfolgen, was für es am besten ist.<sup>196</sup> Mit diesem Ansatz zielt *Mill* zuvörderst auf den Schutz der Präferenzverwirklichung.<sup>197</sup> Eingriffe von außen, die die Einzelnen von der Verwirklichung ihrer Präferenzen abbringen, führen so stets zu suboptimalen Ergebnissen.<sup>198</sup>

### b) Deontologischer Authentizitätsansatz

Autonomie lässt sich zum anderen danach bestimmen, ob der Mensch sein Handeln und Denken selbst als eigenes empfindet, es also ‚authentisch‘ ist (Authentizitätskriterium). Wesentliches Element von Authentizität ist, dass die Entscheider:innen den Entscheidungsprozess (im Rahmen einer kritischen Ex-post-Reflexion<sup>199</sup>) als authentisch beurteilen bzw. beurteilen würden.<sup>200</sup> Der Ansatz ist insoweit prozedural.<sup>201</sup>

<sup>195</sup> *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 16 ff.

<sup>196</sup> *Mill*, On Liberty, 1859, S. 136 f.

<sup>197</sup> *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2009, S. 187.

<sup>198</sup> Hinzu tritt der Umstand, dass nur das sich selbst bestimmende Individuum sich geistig und moralisch entwickeln und so wiederum zum gesamtgesellschaftlichen Wohl beitragen kann; vgl. *Mill*, On Liberty, 1859, S. 105.

<sup>199</sup> Vgl. zum „critical reflection“-Ansatz *Dworkin*, Autonomy, 1988, S. 20; *Christman*, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), Stanford Encyclopedia, 2020, Autonomy, § 1.; *Hacker*, in: Micklitz/Sibony/Esposito (Hrsg.), Consumer Law, 2018, S. 77, 95.

<sup>200</sup> *Susser/Roessler et al.*, Geo. L. Tech. Rev. 4 (2019), 1 (42): „The distinguishing feature of autonomy is that people want to make choices for themselves, and they would feel estranged from their choices if they knew they were being secretly driven toward a certain result“ (Hervorheb. i. Org.). In diese Richtung auch *Blumenthal-Barby*, Kennedy Inst. Ethics J. 22 (2012), 345 (356 ff.); *Susser/Roessler et al.*, Internet Pol. Rev. 8 (2019), 1 (8): „endorse as one’s own“; auch *Feinberg*, Harm to Self, 1989, S. 105. Anders *Hacker*, in: Micklitz/Sibony/Esposito (Hrsg.), Consumer Law, 2018, S. 77, 108, der davon ausgeht, dass Autonomie bereits dann vorliegt, wenn die Einzelnen die Fähigkeit zur kritischen Reflexion grds. besitzen und zumindest manchmal auch ausüben (sog. „independent procedure requirement“), *ebd.*, S. 91; *Dworkin*, Autonomy, 1988, S. 18. Im Gegensatz zu dem Authentizitätskriterium ist es für *Hackers* Idee der hypothetischen *Independent Procedure* gleichgültig, ob die einzelne Entscheidung aus einer kritischen Reflexion folgt und ob die Einzelnen sie jeweils als authentisch sehen. Ein derartiger Ansatz öffnet für Einflüsse von außen jd. Tür und Tor. Er kann für ideale Autonomie keinesfalls genügen.

<sup>201</sup> *Christman*, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), Stanford Encyclopedia, 2020, Autonomy, § 1.2; *Gutwald*, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 73, 77; *Krefßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 198. Dies betonend auch *Hacker*, in: Micklitz/Sibony/Esposito (Hrsg.), Consumer Law, 2018, S. 77, 92 ff., der jd. gleichzeitig die Unterscheidung zwischen „content“ und „process“ verwendet und damit äußere Freiheit und innere Freiheit meint – i. R. d. inneren Freiheit unterscheidet er hingegen nicht. In eine prozedurale Richtung auch *Alemanno/Sibony*, in: dies. (Hrsg.), Nudge and Law, 2015, S. 325, 332 f., jd. beschränkt auf die Wahl des Denksystems.

Ein Autonomieverständnis, das auf Authentizität abstellt, steht in der Tradition deontologischer, kantianischer Begründung des Achtungsanspruchs der Autonomie. Ausgangspunkt des Achtungsanspruchs ist die Fähigkeit zur moralischen Selbstgesetzgebung.<sup>202</sup> Diese bildet den „Grund der Würde der menschlichen [...] Natur“<sup>203</sup>. In der Würde wiederum liegen das Gebot und der Anspruch, niemals als bloßes Mittel behandelt zu werden.<sup>204</sup> Der Achtungsanspruch bezieht sich insofern unmittelbar auf die Autonomie,<sup>205</sup> mithin die Selbstgesetzgebung und damit die Wahrung dessen, wie die Einzelnen sich selbst verstehen, und wie sie für sich selbst entscheiden wollen.

### 3. *Ausnutzen und Autonomie*

Wendet man das Kompetenz- und das Authentizitätskriterium auf Einwirkungen auf den Entscheidungsprozess an, die darin liegen, dass Dritte die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen, unterscheiden sie sich im Ergebnis deutlich.

#### a) *Nach dem Kompetenzansatz*

Nach dem Kompetenzkriterium steht für die Frage, ob ein Einfluss auf den Entscheidungsprozess verwerflich ist, dessen Auswirkung im Zentrum der Betrachtung: Führt der Einfluss weg von einer rationalen und damit effizienten Präferenzverfolgung, unterminiert dies die Kompetenzen der Einzelnen, (möglichst) rationale Entscheidungen zu treffen, und verletzt damit ihre Autonomie. Anders herum bedeutet dies, dass Einwirkungen nicht autonomieverletzend sind, wenn sie die Präferenzreichung fördern.<sup>206</sup> Nach dem utilitaristischen Ansatz ist damit Prozessautonomie alleine soweit geschützt, wie sie der effizienten Präferenzreichung dienlich ist. Umfassende Prozessautonomie ist aus diesem Blickwinkel nicht einmal erstrebenswert. Dieses Ergebnis entspricht dem utilitaristischen Begründungsansatz des Kompetenzkriteriums. Grundsätzlich folgt aus diesem nur, dass Dritte sich nicht mit ihren Vorstellungen über die Präferenzen der Einzelnen hinwegsetzen und deren Präferenzen ignorieren dürfen. Derartige paternalistisches Vorgehen ist nicht wohlfahrtsfördernd.<sup>207</sup> Ist (effiziente)

<sup>202</sup> Vgl. hierzu etwa *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 14 ff.

<sup>203</sup> *Kant*, Metaphysik, 1785/1794, S. 79.

<sup>204</sup> *Kant*, Metaphysik, 1785/1794, S. 66 f.; hierzu *Kersten*, Klonen von Menschen, 2004, S. 408 ff.

<sup>205</sup> *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 15.

<sup>206</sup> Dieses Argument mit Blick auf Präferenzen macht *Sunstein*, U. Chi. L. Rev. 53 (1986), 1129 (1139).

<sup>207</sup> Der konsequentialistische Ansatz besagt zugleich *nicht*, dass Präferenzveränderungen abzulehnen sind. Eine Änderung von Präferenzen ist insofern neutral – ungeachtet dessen, ob sie von innen oder außen kommt. Anders die wohl klassische, implizite und explizite Ansicht, etwa *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2009, S. 189. Stets führt die Präferenzänderung dazu, dass alte Effizienzalküle nicht mehr gelten und die Effizienz von Entscheidungen anhand der neuen Präferenz zu beurteilen ist; *Sunstein*, U. Chi. L. Rev. 53 (1986), 1129 (1137).

Präferenzreicherung die Maxime, sind zugleich nur Entscheidungsprozesse schützenswert, die diesem Zweck dienen – mithin voll-rationale Prozesse.<sup>208</sup>

b) *Nach dem Authentizitätsansatz*

Der Authentizitätsansatz schützt die Einzelnen vor äußeren Einflüssen, die sie gleichfalls nicht in ihren Willen aufnehmen. Anders gewendet ist für die Frage, ob die Autonomie verletzt ist, entscheidend, mit welchen Einflüssen die Einzelnen sich im Rahmen einer kritischen Reflexion identifizieren würden.<sup>209</sup> Dies sind grundsätzlich nur solche Einflüsse, die sie überhaupt erkennen können. In Fällen, in denen der Wirkmechanismus des Einflusses oder die Intention der Gegenüber nicht offen zu Tage tritt, ist kritische Reflexion und damit Authentizität ausgeschlossen. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Einfluss zu mehr Rationalität oder Wohlfahrt führt. Prozessautonomie ist hiernach umfassend geschützt – im Sinne einer Selbstbestimmung über den Entscheidungsprozess.

Folgt man einer noch stärker kantianischen Ausrichtung des deontologischen Ansatzes, ist entscheidend, wie sich der Zweck eines Einflusses von außen darstellt. Bei dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten liegt dieser grundsätzlich darin, das Gegenüber im eigenen Interesse zu lenken. Damit werden die Gelenkten zum Mittel des fremden Zwecks. Dies lässt sich indes auch dann sagen, wenn die Einzelnen zu einer für sie selbst besseren Entscheidung gestupst werden. Denn hier richten sie ihren eigenen Entscheidungsprozess als Mittel gegen sich selbst. Insofern führt ein Einfluss auf den Entscheidungsprozess von außen bzw. zu einem von außen gesetzten Zweck stets zu einer Behandlung der Menschen als Mittel und verletzt deren Autonomie.<sup>210</sup> Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten zu eigenen Zwecken (nicht zwingend jedoch zum eigenen Vorteil) ist

<sup>208</sup> Sieht man hingegen die überlegene Fähigkeit, sich selbst zu beurteilen, als zentralen Punkt der Begründung von Autonomie, ist jedweder Entscheidungsprozess schutzwürdig – die Einzelnen können dann auch am besten einschätzen, *wie* sie ein Ziel erreichen. Dies gilt besonders dann, wenn man den Ansatz der geistigen und moralischen Entwicklung ernst nimmt. Ein Recht auf lernen *können* aus nicht-idealen Entscheidungsprozessen bedingt dann ein Recht auf nicht-ideales entscheiden *dürfen*. Diese Erwägung ist jd. eigentlich deontologischer Art. Sie folgt kantianischem Denken.

<sup>209</sup> Dieser Ansatz lässt sich auch i. R. *Frankfurts* Ansatz der Entscheidungen (bzw. Verlangen, „desire“ bzw. Präferenzen) erster und zweiter Ordnung beschreiben; vgl. *Frankfurt*, J. Philos. 68 (1971), 5 (7); hierzu etwa auch *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 192 f.; kritisch etwa *Kronman*, Yale L. J. 92 (1983), 763 (789 f.), der ein darüberstehendes „judgement“ als wohl letzte Entscheidungsebene sieht. Erster Ordnung sind Entscheidungen, die sich unmittelbar auf eine Handlung beziehen (etwa das Anklicken oder Nicht-Anklicken eines Kästchens); zweiter Ordnung sind Entscheidungen hinsichtlich der Entscheidungen erster Ordnung (also etwa: Will ich, was ich will; entspricht es meinen eigentlichen Zielen, dieses Kästchen angeklickt haben zu wollen). In Anlehnung hieran ist eine Entscheidung erster bzw. niedrigerer Ordnung authentisch, wenn die Entscheider:innen sie in einer Entscheidung zweiter bzw. höherer Ordnung als solche sehen; in diese Richtung *Dworkin*, *Autonomy*, 1988, S. 15.

<sup>210</sup> Vgl. *Susser/Roessler et al.*, *Geo. L. Tech. Rev.* 4 (2019), 1 (39).

damit nach der deontologischen, kantianischen Sicht auf Autonomie grundsätzlich verwerflich. Dies gilt unabhängig davon, ob der Einfluss die Einzelnen zu einer (objektiv) rationaleren Entscheidung führt.

## II. *Paternalismus*

Eng verbunden mit der Frage nach Autonomie und ihrem Schutz ist die Diskussion um Paternalismus. Besonders bedeutend ist die Paternalismusfrage in der Auseinandersetzung mit der ethischen Zulässigkeit des Nudging. Eben hierauf fokussiert das Gros der vorhandenen Untersuchungen zu Nudging.

### 1. *Definition von Paternalismus*

Grundsätzlich beschreibt der Begriff des Paternalismus die Beschränkung von Freiheit bzw. Selbstbestimmung anderer zu dem *Zweck*, das (vermeintliche) Wohl der Adressat:innen zu steigern.<sup>211</sup> Paternalismus ist mithin vorrangig durch seinen *Zweck* gekennzeichnet.<sup>212</sup> Das *Mittel* der Intervention hingegen kann nicht nur in Zwang, sondern in jeder Form der Freiheits- bzw. Selbstbestimmungsbeschränkung bestehen. In der philosophischen Debatte sind paternalistische Interventionen regelmäßig mit einem Verwerflichkeitsurteil versehen.<sup>213</sup> Sie widersprechen dem Schutz der (Präferenz-)Autonomie, da sie für die Betroffenen festlegen wollten, was in ihrem Interesse liege.<sup>214</sup>

### 2. *Harter, weicher und liberaler Paternalismus*

Gerade in der Diskussion um staatliches Nudging finden sich besondere Klassifizierungen paternalistischer Interventionen. Dabei besteht eine nicht zu überschauende Begriffs- und Konzeptunklarheit. Die Diskussion verläuft entlang zweier wesentlicher Achsen: Der Unterscheidung nach dem *Zweck* sowie dem *Mittel* der paternalistischen Intervention.

<sup>211</sup> Zur Definition *Dworkin*, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia*, 2020, *Paternalism*, § 2.; *Kleinig*, *Paternalism*, 1983, S. 13; s. auch *Sunstein*, *Yale L. J.* 122 (2013), 1826 (1854). Etwas anders bei *Kirste*, *JZ* 2011, 805 (806). Für eine Modifizierung eintretend *Shiffrin*, *Philos. Public Aff.* 29 (2000), 205 (213 f.).

<sup>212</sup> Anders wohl *Thaler/Sunstein*, *Am. Econ. Rev.* 93 (2003), 175 (177), für die jede Beeinflussung der Entscheidung bereits Paternalismus darstellt, unabhängig von ihrem Zweck („paternalism, in the form of effects on individual choices“).

<sup>213</sup> *Dworkin*, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia*, 2020, *Paternalism*, § 3.

<sup>214</sup> Mit Blick auf den *Zweck*, den eine Intervention verfolgt, lässt sich Paternalismus von Interventionen abgrenzen, die drittbeschützende Ziele verfolgen; deutlich etwa *Aaken*, in: Alemanno/Sibony (Hrsg.), *Nudge and Law*, 2015, S. 83, 88. Nach *Mills* „no harm“-Prinzip, vgl. *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 22, können solche Maßnahmen grundsätzlich gerechtfertigt sein – sie greifen zwar in Freiheit ein, verletzen aber nicht die (utilitaristische) Autonomie der betroffenen Person als solche. Vgl. mit rechtlichem Blick *Aaken*, in: Alemanno/Sibony (Hrsg.), *Nudge and Law*, 2015, S. 83, 88 f.

## a) Unterscheidung nach Zweck: Hart und weich

Nach ihrem Zweck lassen sich zwei Formen paternalistischer Interventionen unterscheiden.<sup>215</sup> Zum einen solche, die sich über die eigentlichen Präferenzen der Betroffenen hinwegsetzen<sup>216</sup> bzw. diese verändern<sup>217</sup> und dabei deren (vermeintliches) Wohl verfolgen – etwa Gesundheitsschutz, Sparsamkeit, Datenschutz (sog. harter Paternalismus). Harter Paternalismus steht im Konflikt mit der Präferenzautonomie. Es handelt sich hierbei um Paternalismus im eigentlichen Sinn.

Zum anderen können Interventionen darauf zielen, freiwilligere, rationalere Entscheidungen herzustellen (sog. weicher Paternalismus).<sup>218</sup> Was hiervon genau umfasst ist, hängt wiederum davon ab, wie hoch die Anforderungen an rationale und freiwillige Entscheidungen gesteckt sind.<sup>219</sup> Grundsätzlich steht diese Form von Paternalismus im Konflikt mit der Prozessautonomie. Deshalb erkennen Stimmen, die einen utilitaristischen Kompetenzansatz von Autonomie verfolgen, weichen Paternalismus bereits nicht als Paternalismus an. Nach ihnen liegt Paternalismus nicht vor, wenn die Intervention effizienz-<sup>220</sup> bzw. rationalitätssteigernd<sup>221</sup> ist. Zum Teil sprechen sie – wenig konsequent – von gerechtfertigtem, „effizientem Paternalismus“<sup>222,223</sup> Mit dem deontologischen

<sup>215</sup> In diese Richtung etwa Mills, Rev. Phil. & Psych. 6 (2015), 495 (496).

<sup>216</sup> S. Feinberg, Harm to Self, 1989, S. 12; auch Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, S. 358 ff.; ders., JZ 2011, 814 (815); Schmolke, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 25.

<sup>217</sup> Sunstein, Yale L. J. 122 (2013), 1826 (1855 f.): „ends paternalism“ (Zweck-Paternalismus) strebt an, die Ziele, also Präferenzen, von Personen zu beeinflussen; nach ihm auch Aaken, in: Alemanno/Sibony (Hrsg.), Nudge and Law, 2015, S. 83, 92.

<sup>218</sup> S. etwa Eidenmüller, JZ 2011, 814 (815); anders und etwas weiter Sunstein, Yale L. J. 122 (2013), 1826 (1855 f.), nach dem „means paternalism“ (Mittel-Paternalismus) darauf zielt sicherzustellen, dass Menschen ihre eigenen Zwecke (ends) erreichen. Der Unterschied ist insoweit, dass dies auch mittels des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten geschehen kann. Eine etwas andere Verwendung des Begriffs findet sich bei Feinberg, Harm to Self, 1989, S. 12: Nach diesem liegt harter Paternalismus vor, wenn sich eine Intervention über den vollständig freien Willen hinwegsetzt. Weicher Paternalismus hingegen liegt vor, wenn selbstschädigendes Verhalten unterbunden wird, das „substantiell nicht freiwillig“ ist. Solchen weichen Paternalismus ordnet Feinberg nicht als Paternalismus i. e. S. ein, da solche Handlungen nicht eigene sind, also kein Schutz vor sich selbst vorliegt. Dies unter Verweise auf Beauchamp, Monist 60 (1977), 62 (67). So auch Kirste, JZ 2011, 805 (807 f.).

<sup>219</sup> Vgl. etwa Ohly, Volenti non fit iniuria, 2002, S. 74; Schmolke, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 24.

<sup>220</sup> So die weite Schule des effizienten Paternalismus; etwa Zamir, Va. L. Rev. 84 (1998), 229 (237 ff.), mit ihm Schmolke, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 138 ff.

<sup>221</sup> So i. E. Gerg, Nudging, 2019, S. 101 f.

<sup>222</sup> Zamir, Va. L. Rev. 84 (1998), 229 (254); Schmolke, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 138 ff.

<sup>223</sup> So ist nach Schmolke, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 217, eine Rationalitätsförderung tatsächlich autonomie-neutral bzw. gar eine „autonomie- und freiheitsfördernde Maßnahme“. Zugleich scheint Schmolke selbst mit dieser strikten Ansicht zu brechen, wenn er davon ausgeht, dass eine derartige Intervention die „Gefahr einer (übermäßigen) Fremdbestimmung“,

Authentizitätsansatz von Autonomie lässt sich ein solches Verständnis von Paternalismus hingegen nicht vereinen. Deontologisch verstandene Autonomie schützt nicht nur voll-rationale, ideal-autonome Entscheidungen, sondern eigenes Entscheiden an sich.<sup>224</sup> Vor diesem Hintergrund entpuppen sich auch weich-paternalistische Interventionen als Paternalismus im eigentlichen Sinn.

### *b) Unterscheidung nach Mittel: Liberal und anti-liberal*

Andererseits finden sich Stimmen, die paternalistische Interventionen nach dem *Mittel* unterscheiden wollen, das sie einsetzen, um ihren Zweck zu erreichen. Versteht man Paternalismus jedoch als Intervention, die einem gewissen Zweck dient, kann das Mittel selbst nie an sich paternalistisch sein. Insofern kann eine Unterscheidung nach dem Mittel nur dazu dienen, Interventionen mit einem paternalistischen Zweck weiter zu differenzieren.

Sog. liberaler Paternalismus<sup>225</sup> meint hiernach eine *paternalistische* Einwirkung, die sich eines *Mittels* bedient, das keinen Zwang anwendet und auch sonst (formal) Entscheidungsfreiheit bewahrt.<sup>226</sup> Derartige Interventionen zielen auf den Entscheidungsweg. Im Kern handelt es sich dabei um Interventionen, die Rationalitätsdefizite ausnutzen oder nicht-volle Rationalität korrigieren: Nudging i. e. S. und De-Biasing.<sup>227</sup> Sog. anti-liberaler Paternalismus hingegen verwendet zwingende bzw. ökonomisch wirksame Mittel. Dies meint vor allem Zwang, Umweltveränderung und Anreiz (inklusive Normbefehl).<sup>228</sup>

### *3. Ausnutzen und Paternalismus*

Die Abgrenzungen machen deutlich, dass das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten zur Verhaltenslenkung Paternalismus sein kann, aber nicht sein muss. Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten ist grundsätzlich ein Steuerungsmittel, es ist nicht mit einem bestimmten Steuerungszweck verbunden. Welchen Zweck der Einsatz des Mittels verfolgt, ist damit nicht unmittelbar gesagt. Nutzen die Handelnden die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber zum eigenen Vorteil aus,

---

*ebd.*, mit sich bringt, insbes. wenn ein schonenderes Mittel zur Verfügung stehe. Schonend für was, muss man fragen, wenn die Entscheidungsfindung selbst gar nicht geschützt ist.

<sup>224</sup> S. oben § 1 B. I. 2. b).

<sup>225</sup> Engl. „libertarian“, *Thaler/Sunstein*, Am. Econ. Rev. 93 (2003), 175 (175 ff.).

<sup>226</sup> S. grds. etwa *Thaler/Sunstein*, Am. Econ. Rev. 93 (2003), 175 (157 ff.); *Eidenmüller*, JZ 2011, 814 (815); *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 219 f.; anders: *Sunstein*, Yale L. J. 122 (2013), 1826 (1858 ff.): „soft paternalism“.

<sup>227</sup> *Dworkin*, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), Stanford Encyclopedia, 2020, Paternalism, § 2.3: „weak“; jd. auch etwas anders konnotiert: „interfere with the means that agents choose to achieve their ends, if those means are likely to defeat those ends“.

<sup>228</sup> *Dworkin*, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), Stanford Encyclopedia, 2020, Paternalism, § 2.3: „strong“; „interfere to prevent them from achieving [confused or irrational] ends“. Anders *Sunstein*, Yale L. J. 122 (2013), 1826 (1858 ff.): „hard paternalism“. Zur Abgrenzung der Steuerungsmittel s. oben § 1 A. IV.

gehen sie weder hart- noch weich-paternalistisch vor. Versteht man das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten entsprechend, ist es nie paternalistisch. Nur in den Fällen, in denen das Gegenüber darauf zielt, sich über den Willen der Einzelnen zu deren Vorteil hinwegzusetzen, liegt weicher liberaler Paternalismus vor.

Diese Abschichtung stellt eine zentrale Erkenntnis dar. Weder Dark Patterns noch Nudging i. e. S. sehen sich dem Vorwurf ausgesetzt, paternalistisch zu sein. Für Dark Patterns liegt dies gleichsam auf der Hand, setzt ihre Definition doch bereits voraus, dass ihre Verwender:innen die Nutzer:innen zu einem für diese nachteiligen Verhalten bringen. Bisherige Auseinandersetzungen mit staatlichem Nudging hingegen kreisten stets um die Frage, inwieweit dies unter dem Blickwinkel des Paternalismus (rechtlich) zulässig ist. Eine solche Ausrichtung erkennt jedoch ein vorgelagertes, grundlegendes Problem: Die Frage, inwieweit es dem Staat erlaubt ist, auf den Entscheidungsprozess selbst einzuwirken – mithin Nudging i. e. S. anzuwenden. Eben dies steht im Fokus der vorliegenden Untersuchung des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten.

### C. Marktversagen und Rationalitätsdefizite

Die bisherige Betrachtung hat Rationalitätsdefizite vorrangig auf individueller Ebene beleuchtet – gleichsam mit der Brille des methodologischen Individualismus. Nutzen Private die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber aus, lassen sich die Folgen zudem aus der ökonomischen Makro-Sicht konzeptualisieren. Es steht die Frage im Raum, wie sich das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten und damit Dark Patterns auf den Markt auswirken. Entscheidender Referenzrahmen für diese Bewertung ist – ausgehend von dem Marktmechanismus (unten I.) – das Konzept des Marktversagens (unten II.). Marktversagen wiederum ist aus ökonomischer Perspektive geeignet, staatliche Marktregulierung zu rechtfertigen (unten III.).

#### I. Der Marktmechanismus

Die klassische Ökonomie versteht den Markt in einer abstrahierten bzw. modellierten Sicht. Ein idealer, vollkommener Markt führt dazu, dass knappe Ressourcen dort allozieren, wo die Marktteilnehmer:innen sie am effizientesten nutzen können (sog. *Coase-Theorem*<sup>229</sup>).<sup>230</sup> Insofern eröffnet sich die Frage,

<sup>229</sup> Name zurückgehend auf *Stigler*, *Theory of Price*, 1966, S. 113, unter Bezug auf *Coase*, *J. L. & Econ.* 3 (1960), 1 (8); hierzu *Regan*, *J. L. & Econ.* 15 (1972), 427 (472 ff.); darstellend *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, 2012, S. 81 ff.; *Schmolke*, *Selbstbindung im Privatrecht*, 2014, S. 122 f.

<sup>230</sup> Der Markt führt also zu einem Zustand, demgegenüber keine andere, effizientere Ressourcenverteilung möglich ist (sog. Effizienzthese bzw. „efficiency‘ thesis“); vgl. *Regan*, *J. L. & Econ.* 15 (1972), 427. Der zweite Teil des *Coase-Theorems* ist die sog. Invarianzthese. Diese besagt, dass in einer Welt vollständiger Konkurrenz, vollständiger Information und vernachläss-

wann ein Zustand – verglichen mit einem anderen – als ‚effizient‘ zu beurteilen ist.<sup>231</sup> Grundsätzlich ist ein Zustand dann effizient, wenn eine Umverteilung den Nutzen bei einem Individuum nur noch dadurch erhöhen würde, dass sie zugleich eine andere Marktteilnehmerin bzw. einen anderen Marktteilnehmer schlechter stellt (sog. *Pareto-Effizienz*).<sup>232</sup> Eine derartige Vorstellung von Effizienz ist sehr eng – sie richtet sich alleine am jeweiligen Nutzen der Einzelnen aus. Alternativ bietet es sich an, auf den gesamtgesellschaftlichen Nutzen abzustellen: Ein Zustand ist dann effizient, wenn es keine Veränderung gibt, die *insgesamt* mehr Nutzen schafft, als sie Kosten generiert (sog. *Kaldor-Hicks-Kriterium*).<sup>233</sup> Nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium sind individuelle Verluste hinnehmbar – entscheidend ist die aggregierte Kosten-Nutzen-Analyse (sog. *Cost-Benefit-Analysis*).<sup>234</sup>

## II. Marktversagen aus ökonomischer Sicht

Nicht immer funktioniert der Marktmechanismus in der Praxis so, wie ihn das ökonomische Modell konzipiert. Zuweilen kann es vorkommen, dass eine ineffiziente Verteilung vorliegt, die sich nicht selbst mittels des Marktmechanismus auflöst. In diesem Fall besteht ein (allokatives<sup>235</sup>) Marktversagen.<sup>236</sup> Marktversagen bedeutet mithin, dass der Marktmechanismus gestört ist.

### 1. Vorliegen eines Marktversagens bei Dark Patterns

Um zu verdeutlichen, wie die Gestaltung von Entscheidungsumgebungen und damit das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten zu einem Marktversagen führen kann, hilft es, das Beispiel der Dark Patterns detaillierter zu beleuchten. Neben der individuellen Wirkungsebene von Dark Patterns gilt es zu betrachten, wie sie sich auf aggregierter Ebene auswirken. In der Daraufricht stellt sich die Frage, ob Dark Patterns eine Wirkung entfalten, die einem Marktversagen entspricht.

---

sigbarer Transaktionskosten die Allokation einer Ressource nicht von der Ausgangsverteilung, insbes. in Form rechtlicher Regelungen, abhängt, *ebd.*

<sup>231</sup> Vgl. *Hermalin/Katz et al.*, in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), *Law and Economics I*, 2007, S. 3, 21 ff.; *Martini*, *Hoheitliche Verteilungslenkung*, 2008, S. 188 ff.

<sup>232</sup> *Martini*, *Hoheitliche Verteilungslenkung*, 2008, S. 190 ff.; *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, 2012, S. 14.

<sup>233</sup> *Martini*, *Hoheitliche Verteilungslenkung*, 2008, S. 192 ff.; *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, 2012, S. 42 f.

<sup>234</sup> Früh bereits im *Law-and-Economics*-Bereich verfolgte diesen Ansatz *Kronman*, *Yale L. J.* 92 (1983), 763 (766 ff.), zu Informations- und Machtasymmetrien.

<sup>235</sup> Abzugrenzen von dem *distributiven* Marktversagen, das danach fragt, ob eine Verteilung fair oder gerecht ist; vgl. *Sesselmeier/Bizer*, in: Schubert (Hrsg.), *Handwörterbuch ökonomisches System*, 2005, S. 223, 223.

<sup>236</sup> Vgl. grds. *Fritsch*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 2018, S. 83 ff.

### a) Ineffiziente Verteilung

Dark Patterns nutzen die Rationalitätsdefizite von Menschen so aus, dass sie nicht entlang ihrer eigentlichen Interessen entscheiden.<sup>237</sup> Damit stellen Menschen im Ergebnis etwa mehr Daten zur Verfügung, als es ihrem eigentlichen Nutzenkalkül entspräche. Insofern können Dark Patterns bzw. ihre verhaltensökonomische Wirkung erklären, warum Menschen oft strukturell von ihren eigentlichen Datenschutzpräferenzen abweichen (sog. *Privacy Paradox*).<sup>238</sup> Folge dieses Privacy Paradoxes ist, dass die Nutzungsrechte an Daten ineffizient verteilt sind. Aus den so getroffenen Entscheidungen erwachsen den Menschen nachteilige Folgen, die andernfalls nicht eingetreten wären.<sup>239</sup> Anders ausgedrückt: Es entstehen pareto-suboptimale Verteilungen.<sup>240</sup> Dark Patterns bedingen mithin eine ineffiziente Verteilung<sup>241</sup> und zeigen so die entscheidende Eigenschaft eines Marktversagens.<sup>242</sup>

### b) Keine Bereinigung durch den Markt

Die ineffiziente Verteilung, die Dark Pattern hervorrufen, bereinigt sich am Markt nicht von selbst. Zwar sind definitive Aussagen hierüber schwer zu treffen. Das Phänomen ist weniger strukturell erforscht, als bekannte Fälle des Marktversagens. Doch zeigen Studien, dass Dark Patterns sehr weit verbreitet sind.<sup>243</sup>

<sup>237</sup> S. zur Wirksamkeit oben § 1 A. V. 2. c).

<sup>238</sup> In diese Richtung auch *Waldman*, Cur. Op. Psych. 31 (2020), 105 (105); kritisch *Solove*, Geo. Wash. L. Rev. 89 (2020), 1 (4 ff.).

<sup>239</sup> *Schwartz*, Stan. L. Rev. 67 (2015), 1373 (1377 f., 1386 ff.): „mismatch cost“.

<sup>240</sup> Vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 2005, S. 107 ff., 394 f.

<sup>241</sup> Vgl. zu diesen Auswirkungen begrenzter Rationalität auf Verbraucher:innenverträge *Eisenberg*, Stan. L. Rev. 47 (1995), 211 (214 ff.), der stark i. S. v. *Simon* sowohl Bounded Rationality i. e. und i. w. S. betrachtet und i. E. nicht differenziert, sondern gemeinsam von „rational ignorance“ spricht. Zu begrenzter Rationalität i. w. S. *Bar-Gill*, Nw. U. L. Rev. 98 (2004), 1373 (1411 ff.); *Peppet*, UCLA L. Rev. 59 (2012), 676 (731 ff.); *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 132 f.; speziell zu Dark Patterns *McSpedden-Brown*, Dark Commercial Patterns, 2022, S. 26 f.

<sup>242</sup> Dies trifft auch auf die bereits erwähnten Beispiele zu Vertragsklauseln sowie zur Produkt- und Preisgestaltung zu; s. oben § 1 A. III. 3. b). Der von Rationalitätsdefiziten geprägte Markt ruft mithin insgesamt Wohlfahrtsverluste hervor; *Bar-Gill*, Nw. U. L. Rev. 98 (2004), 1373 (1411 ff.).

<sup>243</sup> *Mathur/Acar et al.*, Proc. ACM Hum.-Comput. Interact. 3 (2019), CSCW Nr. 81, 1 (11 ff.), die jd. nur textliche Elemente und einzelne, maschinell auswertbare Teilbereiche von Shopping-Webseiten (*ibd.*, 26 f.) untersuchen, stellen auf 11 % der untersuchten 11.000 Shopping-Webseiten Dark Patterns fest. *Utz/Degeling et al.*, in: Cavallaro/Kinder/Wang et al. (Hrsg.), ACM CCS '19 Proceedings, 2019, S. 973, 976, kommen zu dem Ergebnis, dass ca. 57,4 % der untersuchten Cookie-Banner Dark Patterns benutzen. Nach *Nouwens/Liccardi et al.*, in: Bernhaupt/Mueller/Verweij (Hrsg.), ACM CHI '20 Proceedings, 2020, Paper 194, S. 1, 5, nutzen 56,2 % teilweise *Opt-out*-Voreinstellungen. *Mildner/Savino et al.*, in: Schmidt/Väänänen/Goyal et al. (Hrsg.), ACM CHI '23 Proceedings, 2023, Paper 192, S. 1, 7, belegen die Nutzung von 44 Dark Patterns auf den großen Social Media Webseiten. Vgl. auch den Überblick bei *McSpedden-Brown*, Dark Commercial Patterns, 2022, S. 17 ff.

Dies ist insofern folgerichtig, als das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten im Wettbewerb zwischen Anbieter:innen die Gewinne zu steigern verspricht.<sup>244</sup> Anbieter:innen unterliegen so einem ökonomischen Druck, für sich möglichst vorteilhafte Entscheidungsumgebungen zu gestalten.<sup>245</sup>

Die Marktkräfte vermögen es nicht, diese Defizite zu korrigieren.<sup>246</sup> Zum einen eliminieren sich Rationalitätsdefizite nicht durch Lerneffekte von selbst am Markt.<sup>247</sup> Eine Selbstbereinigung des Markts scheitert zudem daran, dass Dark Patterns gerade in einer milden Form keine negative Reaktion von Betroffenen evozieren.<sup>248</sup> Eine negative Rückwirkung auf die Verwender:innen von Dark Patterns findet so nicht statt (sog. *Market for Lemons*).<sup>249</sup> Dementsprechend fällt eine öffentliche Reaktion (sog. *Reputation Mechanisms*) aus.<sup>250</sup> Verbraucher:innen wenden sich nicht von Anbieter:innen ab, die Dark Patterns verwenden.<sup>251</sup>

<sup>244</sup> Vgl. etwa Eisenberg, Stan. L. Rev. 47 (1995), 211 (214 ff., 243 f.); Korobkin, U. Haw. L. R. 26 (2003), 441 (460 f.); Bar-Gill, Minn. L. Rev. 92 (2008), 749 (769 ff.); vgl. insges. Peppet, UCLA L. Rev. 59 (2012), 676 (733 ff.); spezifisch zu Dark Patterns McSpedden-Brown, Dark Commercial Patterns, 2022, S. 12 f.

<sup>245</sup> S. Hanson/Kysar, N.Y.U.L. Rev. 74 (1999), 630 (726 ff.); Korobkin, U. Chi. L. Rev. 70 (2003), 1203 (1218); Bar-Gill, Nw. U.L. Rev. 98 (2004), 1373 (1401); Akerlof/Shiller, Phishing for Phools, 2015, S. xi f.; Meier, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 137 ff. Wesentliche Gegenargumente, wie die Heterogenität zwischen Nutzer:innen, Epstein, U. Chi. L. Rev. 73 (2006), 111 (121), und das „many bias problem“, d. h. die Interaktion verschiedener Rationalitätsdefizite, Schwartz, Stan. L. Rev. 67 (2015), 1373 (1379, 1390 f.), sind wohl bereits empirisch widerlegt; hierzu Bar-Gill, Minn. L. Rev. 92 (2008), 749 (766 ff.). Jedenfalls eröffnet die Möglichkeit, Dark Patterns zu personalisieren, einen wirksamen Weg, diese Probleme zu umgehen.

<sup>246</sup> Hanson/Kysar, Harv. L. Rev. 112 (1999), 1420 (1551 ff.); Bar-Gill, Minn. L. Rev. 92 (2008), 749 (745 ff.); Meier, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 142 ff.; spezifisch zu Dark Patterns McSpedden-Brown, Dark Commercial Patterns, 2022, S. 30. A.A. Epstein, U. Chi. L. Rev. 73 (2006), 111 (118 ff.).

<sup>247</sup> Vgl. Rachlinski, Nw. U.L. Rev. 97 (2003), 1165 (1220 ff.); English/Mussweiler et al., Pers. Soc. Psychol. Bull. 32 (2006), 188 (192 ff.); English, Law & Policy 28 (2006), 497 (510 f.); Schmolke, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 207 f.; Meier, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 142 ff.; zu Framing Kahneman/Tversky, Am. Psychol. 39 (1984), 341 (343). S. auch Traut/Nickolaus, StraFo 2015, 485 (490).

<sup>248</sup> Vgl. Luguri/Strahilevitz, J. Leg. Anal. 13 (2021), 43 (67 ff.).

<sup>249</sup> Eisenberg, Stan. L. Rev. 47 (1995), 211 (244). Hierfür (noch) unter klassischer RCT Schwartz/Wilde, U. Pen. L. Rev. 127 (1979), 630 (678 ff.). Grds. Akerlof, Q. J. Econ. 84 (1970), 488 (489 ff.).

<sup>250</sup> Hierzu auch Meier, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 145 f. Weizsäcker/Akerlof et al., J. Econ. 118 (2016), 91 (96), scheint hierauf vertrauen zu wollen. Zusätzlich spricht die Heterogenität der Nutzer:innen gegen den Reputationsmechanismus. Diese verkehrt sich hier von einem potenziell wirkungsbeeinträchtigenden Faktor in einen wirkungsverstärkenden. Eben dies hat Epstein, U. Chi. L. Rev. 73 (2006), 111 (121), noch nicht gesehen.

<sup>251</sup> Einen in der Zukunft ggf. vielversprechenden Ansatz beschreiben Gertz/Martini et al., Legal Tech 2023, 3 (8 ff.), die „technische Assistenzsysteme“ konzeptualisieren, welche mittels Methoden des maschinellen Lernens oder der künstlichen Intelligenz Dark Patterns detektieren sollen.

Perspektivisch würden es Personalized Dark Patterns sogar noch schwerer machen, auf Lerneffekte und ein marktbereinigendes Nutzer:innenverhalten zu setzen. Zudem steigerten Personalized Dark Patterns die Effizienz der Steuerung und damit den wirtschaftlichen Druck auf Konkurrent:innen, ebenfalls derartige Techniken zu verwenden.

## 2. Kein klassischer Fall von Marktversagen – „Behavioral Market Failure“

Um besser zu verstehen, wie Dark Patterns bzw. das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten sich in die neo-klassische Theorie des Marktversagens einordnen, lohnt es sich, sie in Bezug zu den anerkannten Gründen eines Marktversagens zu setzen.

Die neo-klassische Theorie erkennt drei Gründe eines Marktversagens an: externe Effekte, Marktmacht und Informationsmängel.<sup>252</sup> Externe Effekte treten auf, wenn Akteur:innen die von ihnen verursachten Kosten nicht tragen bzw. für von ihnen geschaffene Vorteile kein Entgelt erhalten, sondern dies Dritten zufällt.<sup>253</sup> Marktmacht besteht, wenn Preise sich nicht durch Angebot und Nachfrage bilden, sondern Akteur:innen diese einseitig bestimmen können.<sup>254</sup> Derartige Marktmacht haben zumeist Monopole, Oligopole und Kartelle inne. Informationsmängel liegen vor, wenn Marktteilnehmer:innen ihre Entscheidungen nicht unter vollständiger Information treffen.<sup>255</sup> Gründe für Informationsmängel sind insbesondere asymmetrische Information zwischen den Vertragsparteien<sup>256</sup> und Unsicherheit über Ereignisse.<sup>257</sup>

Das Marktversagen, das Dark Patterns auslösen, lässt sich keinem der klassischen Fälle von Marktversagen zuordnen. Ihre Wirkung geht nicht auf die Marktmacht der Verwender:innen zurück. Anbieter:innen schließen sich weder zu Kartellen zusammen noch üben sie vermittels ihrer Machtstellung Druck auf die Entscheider:innen aus. Im Gegenteil ist es das Wesen von Rationalitätsdefiziten, dass jedermann sie ansprechen und ausnutzen kann. Zudem entscheiden sich Betroffene nicht mangels besserer Information ‚falsch‘. Ihnen fehlt nicht das Wissen, das erforderlich ist, um Handlungsalternativen und Ergebnisse zu beurteilen. Sie leiden vielmehr unter einem Defizit bei der Informationsverarbeitung.

<sup>252</sup> Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie, 2018, S. 792 ff.; Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 76 ff.; Cooter/Ulen, Law & Economics, 2012, S. 38 ff.; Hermalin/Katz et al., in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), Law and Economics I, 2007, S. 3, 30 ff. Oft zusätzlich genannte öffentliche Güter sind als externe Effekte zu verstehen, vgl. Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 80 ff. Vgl. Schmolke, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 125 ff., zu externen Effekten und Informationsasymmetrien.

<sup>253</sup> Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 84 ff.

<sup>254</sup> Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 163 ff.

<sup>255</sup> Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 249 ff., spricht von „Unkenntnis“.

<sup>256</sup> Vgl. hierzu insbes. Akerlof, Q. J. Econ. 84 (1970), 488 (488 f.).

<sup>257</sup> Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 249 ff.

Rationalitätsdefizite und die Mechanismen, die dazu führen, dass Anbieter:innen sie ausnutzen, machen es vielmehr notwendig, einen vierten Fall des Marktversagens anzuerkennen: das behavioristische Marktversagen bzw. „*Behavioral Market Failure*“.<sup>258</sup> Dieses zeichnet aus, dass eine ineffiziente Verteilung am Markt alleine daraus resultiert, dass die Marktteilnehmer:innen nicht voll-rationale Entscheidungen treffen. Die weitverbreitete Nutzung von Dark Patterns begründet einen solchen Fall des behavioristischen Marktversagens.

### III. *Marktversagen und Regulierung*

Die Ökonomie geht davon aus, dass staatliche Eingriffe in den Markt grundsätzlich abzulehnen sind.<sup>259</sup> Sie verhindern, dass Güter effizient allozieren. Regulierende Eingriffe des Staates in den Markt sind hiernach alleine dann anzudenken, wenn sich ineffiziente Verteilungen nicht von selbst auflösen – mit hin, wenn ein Marktversagen vorliegt.<sup>260</sup>

#### 1. *Effizienz als ökonomische Rechtfertigung von Regulierung*

Aus ökonomischer Sicht ist es gerechtfertigt, in den Markt einzugreifen und die Vertragsfreiheit zu beschneiden, um ein Marktversagen zu überwinden.<sup>261</sup> Denn liegt ein Marktversagen und damit eine ineffiziente Güterverteilung vor, ist es – jedenfalls theoretisch – möglich, durch staatliches Eingreifen in den privaten Rechtsverkehr einen Effizienzgewinn herbeizuführen.<sup>262</sup> Ziel einer solchen Intervention soll es hingegen nicht sein, allgemeinen Ideen von Gerechtigkeit

<sup>258</sup> *Hanson/Kysar*, N. Y. U. L. Rev. 74 (1999), 630 (724 ff.); *Sunstein*, Yale L. J. 122 (2013), 1826 (1842 ff.); *Calo*, Geo. Wash. L. Rev. 82 (2014), 995 (1000 ff.); *Arbeitskreis Kartellrecht*, Offene Märkte, 2020, S. 11; offenlassend *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 132. Bereits früh andeutend *Sunstein*, U. Chi. L. Rev. 53 (1986), 1129 (1139 f., 1173): „the various categories of cognitive distortions present a similar case [i. e. to market failure] for collective action“; sowie *Eisenberg*, Stan. L. Rev. 47 (1995), 211 (247), der jd. zur „rational ignorance“ nicht klar abgrenzt; *Zamir*, Va. L. Rev. 84 (1998), 229 (253 f.); *Bar-Gill*, Minn. L. Rev. 92 (2008), 749 (765 ff.); A. A. *Lunn*, J. Cons. Pol. 38 (2015), 315 (321 ff.); *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 324.

<sup>259</sup> *Martini*, Hoheitliche Verteilunglenkung, 2008, S. 158 f.

<sup>260</sup> *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 124 ff.; *Grundmann*, JZ 2000, 1133 (1136 f.).

<sup>261</sup> Mit diesem Ansatz *Hermalin/Katz et al.*, in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), Law and Economics I, 2007, S. 3, 30 ff.; vgl. zu einer frühen Sicht auf die Auswirkungen digitaler Interaktionen des E-Commerce *Hillman/Rachlinski*, N. Y. U. L. Rev. 77 (2002), 429 (478); einer positiven Sicht auf die Möglichkeiten von Technologie mit Blick auf Informationsasymmetrien hat *Peppet*, UCLA L. Rev. 59 (2012), 676 (712 ff.).

<sup>262</sup> Gleichzeitig regt sich grundlegende Kritik daran, ob der Staat überhaupt dazu in der Lage ist, derart erfolgreich in den Markt einzugreifen; grds. Kritik bei *Hayek*, Road to Serfdom, 1944/2007, S. 65 ff. Zur Möglichkeit des „Staatsversagens“, *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 374 ff. Auch wenn dieser grundsätzlichen Frage hier nicht weiter nach-

oder Fairness, etwa im sozialstaatlichen Sinne, zum Durchbruch zu verhelfen. Im Kern der Rechtfertigung steht vielmehr die auf dem Effizienzgedanken beruhende Wohlfahrtsförderung.

Gleichzeitig macht das Ziel der Allokationsverbesserung deutlich, dass nicht jeder beliebige Eingriff ökonomisch vorteilhaft und damit gerechtfertigt ist. Vielmehr trifft dies alleine auf solche Eingriffe zu, die zu einer Effizienzsteigerung führen.<sup>263</sup> Wann eine Regulierung zu einer Effizienzsteigerung führt, hängt wiederum davon ab, welches Effizienzkriterium man anlegt. Fragt man nach *Pareto-Effizienz*, vermag der Markt diese bei einem Marktversagen nicht zu erreichen. Führt der Eingriff dazu, dass mehr Marktteilnehmer:innen ihre Präferenzen (zu einem höheren Grad) erreichen, steigert sich die Pareto-Effizienz – verliert *nur eine:r*, ist die Pareto-Effizienz jedoch verringert. Nach dem *Kaldor-Hicks-Kriterium* hingegen sind Eingriffe in den Markt möglich, bei denen einzelne Teilnehmer:innen etwas verlieren. Entscheidend ist danach alleine, dass ein Eingriff den gesamtgesellschaftlichen Nutzen steigert, eine Kosten-Nutzen-Analyse also positiv ausfällt.

## 2. Regulierung des behavioristischen Marktversagens

Das behavioristische Marktversagen rechtfertigt nach ökonomischen Erwägungen grundsätzlich, dass der Staat regulierend in den Markt eingreift, um es zu beseitigen – so wie er dies auch tut, um andere Formen des Marktversagens zu beseitigen. Klassische Beispiele für derartige Regulierung finden sich in Bezug auf alle anerkannten Fälle des Marktversagens. So zielt das Kartellrecht darauf, Marktmacht zu verhindern oder aufzubrechen. Das Umweltschutzrecht unterbindet externe Effekte. Das Wertpapierhandelsrecht statuiert Informationspflichten und verringert so Informationsasymmetrien.<sup>264</sup>

Dass es sich bei dem behavioristischen Marktversagen um eine selbstständige Form des Marktversagens handelt, bedeutet zugleich, dass für andere Formen des Marktversagens entwickelte Instrumente nicht übertragbar sind. Das behavioristische Marktversagen lässt sich weder durch eine Begrenzung der Macht der Verwender:innen noch durch bessere Information der Betroffenen beseitigen. Es bedarf vielmehr eigener regulatorischer Antworten, die die spezifischen Wirkungszusammenhänge des behavioristischen Marktversagens adressieren. Für den Umgang mit Dark Patterns gilt es so, die rechtliche Analyse

---

gegangen werden kann, sind entsprechende Einwendungen jedenfalls insofern von Interesse, als sie die Herausforderungen und Kosten staatlichen Eingreifens herauszustellen helfen.

<sup>263</sup> Vgl. im Kontext externer Effekte *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 103 ff.

<sup>264</sup> Auch im Zivilrecht lassen sich viele Vorschriften als Ausdruck der Regulierung von Marktversagen verstehen. Sie gehen dahin, ein Marktversagen zu beseitigen oder ihm vorzubeugen – etwa Informationspflichten, zwingendes Vertragsrecht und Vorschriften zum Kontrahierungszwang. Vgl. überblicksartig *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 2012, S. 294 ff.

darauf auszuweiten, wie der Staat auf einen eigenen Typus des Marktversagens reagieren kann und gegebenenfalls zu reagieren hat.<sup>265</sup>

#### D. Zusammenschau des § 1

Betrachtet man die Möglichkeiten, Menschen zu steuern, aus einer verhaltensökonomischen Perspektive, kommt eine zentrale Erkenntnis zum Vorschein: Menschen lassen sich alleine dadurch effektiv lenken, dass ihr Gegenüber ihre Rationalitätsdefizite ausnutzt. Die vielfältigen Abweichungen des menschlichen Entscheidens von der Rationalitätserwartung der klassischen ökonomischen Theorie (sog. *Rational Choice Theory*) legen ein schier unüberschaubares Feld an Rationalitätsdefiziten offen. Eben diese Rationalitätsdefizite im Prozess menschlichen Entscheidens lassen sich gezielt ansprechen und hierdurch ausnutzen.

Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten ist dabei klar von anderen Steuerungsmitteln abgrenzbar. Seine Besonderheit liegt darin, dass es alleine auf den inneren Entscheidungsprozess, die innere Sphäre, einwirkt. Insofern unterscheidet sich das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten von Steuerungsmitteln, welche die äußere Sphäre betreffen (Zwang und Umweltveränderung), und Steuerungsmitteln, welche die Entscheidungsfreiheit berühren (Anreiz, Normbefehl). Zudem ist die verhaltensökonomische Steuerung von Information als Steuerungsmittel abgrenzbar. Information spricht zwar ebenfalls die innere Sphäre an. Jedoch baut die Wirkung von Information darauf auf, dass die Informationsempfänger:innen diese rational verarbeiten – das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten spricht hingegen das nicht-rationale Entscheiden an.

Dark Patterns sind ein gutes Beispiel, um die praktische Seite dieser theoretischen Überlegungen greifbar zu machen. Hierbei handelt es sich um Interface Designs, die Schwächen menschlichen Entscheidens ausnutzen und die Nutzer:innen so zu einem für sie nachteiligen Verhalten bringen. Dark Patterns verdeutlichen, dass es tatsächlich möglich ist, Rationalitätsdefizite auszunutzen. Die Forschung zeigt zudem, dass Private dieses Mittel mit großer Wirksamkeit anwenden.

Der verhaltensökonomische Zugang erklärt, wie und warum menschliches Entscheiden lenkbar ist. Er sagt zugleich nichts darüber aus, ob dies verwerflich ist. Hier hilft eine philosophische Betrachtung, die von dem Gedanken der Autonomie ausgeht. Zwei wesentliche Erkenntnisse ergeben sich. Zum einen gilt es, ideale Autonomie zum Maßstab der Analyse zu machen, nicht etwa Basis- oder Minimale-Autonomie. Nicht die Frage, welche Entscheidungen noch zurechenbar sind, sondern welchen Schutz das Entscheiden verdient, gilt es zu beantworten. Zum anderen verlangt dieser Ansatz, im Detail zu bestimmen, welche Ein-

---

<sup>265</sup> S. hierzu unten § 6 C. II.

wirkungen gegen eine derart verstandene (ideale) Autonomie verstoßen. Nach dem utilitaristischen Kompetenzansatz kommt es darauf an, ob eine Einwirkung die Präferenzreichung mindert – die Einwirkung auf den Entscheidungsprozess ist damit nicht stets verwerflich. Gerade in Fällen, in denen Einwirkende die Präferenzreichung zum eigenen Vorteil vermindern, ist die Einwirkung jedoch verwerflich. Nach dem deontologischen Authentizitätsansatz verletzt jeder Einfluss auf den Entscheidungsprozess Autonomie, den die Entscheider:innen nach einer kritischen Reflexion nicht als eigenen empfinden.<sup>266</sup> Dies gilt grundsätzlich für verdeckte Einwirkungen, wie das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten. Im Ergebnis verletzen gerade Dark Patterns die (ideale) Autonomie – sowohl nach utilitaristischen als auch nach deontologischen Begründungsansätzen.

Schließlich zeigt die Betrachtung im Licht der Paternalismusdebatte, dass das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten nicht im eigentlichen Sinne paternalistisch ist. Denn Paternalismus ist grundsätzlich eine nach seinem Zweck definierte Intervention: Sie muss darauf zielen, das (vermeintliche) Wohl bzw. die Interessen der Adressat:innen zu steigern. Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten als Steuerungsmittel steht jedoch losgelöst von dem Zweck, zu dem es die Verwender:innen im Einzelfall einsetzen. Diese Erkenntnis befreit den Untersuchungsgegenstand von einer Menge philosophischem Ballast und räumt den Weg dafür frei, das Steuerungsmittel selbst in den Fokus der weiteren Untersuchung zu stellen. Für Dark Patterns liegt es dabei auf der Hand, dass diese nicht paternalistisch sind – vielmehr setzen die Verwender:innen Dark Patterns im eigenen Interesse ein.

Wenn Private die Rationalitätsdefizite der Gegenüber dazu nutzen, deren Entscheidungen zu lenken, ist dies nicht nur auf individueller Ebene problematisch. Ein solches Verhalten zeigt zudem Auswirkungen am Markt. Dark Patterns machen dies deutlich. Sie führen gerade im Bereich der Einwilligung zu Datenverarbeitungen zu einer ineffizienten Verteilung am Markt, die sich nicht von selbst bereinigt. Dark Patterns zeigen so die Effekte eines strukturellen Marktversagens. Diese Marktbeeinträchtigung unterfällt derweil keiner der gängigen Kategorien des Marktversagens – Dark Patterns wirken weder aufgrund eines Machtungleichgewichts noch wegen Informationsasymmetrien oder externer Effekte. Dark Patterns stehen vielmehr als Beispiel für einen eigenen Fall des Marktversagens: das behavioristische Marktversagen. Liegt ein Marktversagen vor, kann dies dem Staat zugleich die ökonomische Rechtfertigung dafür vermitteln, regulierend in den Markt einzugreifen. Dark Patterns begründen einen Fall des behavioristischen Marktversagens; dem Staat ist es – nach der

<sup>266</sup> Schließlich gilt es festzuhalten, dass mit Blick auf die Autonomieperspektive Verkürzungen aus *philosophischer* Sicht grds. rechtfertigbar sind (im Detail s. zur Menschenwürde unten § 2 D. III. 1.). Hier – wie auch im Laufe der weiteren Arbeit – kann die Frage der Rechtfertigung von Eingriffen nur in grds. Art behandelt werden, insbes. soweit sie Besonderheiten aufwirft mit Blick auf Rationalitätsdefizite.

ökonomischen Theorie – erlaubt, zu ihrer Beseitigung effizienzsteigernd in den Markt einzugreifen.

Damit stehen drei wesentliche Erkenntnisse über das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten fest, auf die die rechtliche Analyse aufsetzen kann:

1. Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten stellt ein wirksames und eigenständiges Steuerungsmittel dar.
2. Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten verletzt Einzelne grundsätzlich in ihrer Autonomie, ohne als solches paternalistisch zu sein.
3. Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten durch Private in der Form von Dark Patterns begründet ein behavioristisches Marktversagen.



## Zweiter Teil

# Grundrechtlicher Rahmen

Innerhalb der letzten zwei Dekaden sind das Nudging als Steuerungsinstrument und das Konzept des (sog.) „liberalen Paternalismus“<sup>1</sup> in der Öffentlichkeit wie in den Amtstuben des Staates zunehmend bekannt geworden.<sup>2</sup> In der rechtswissenschaftlichen Aufarbeitung des Themas lag das Hauptaugenmerk aus grundrechtlicher Perspektive auf dem Zweck des staatlichen Handelns. Im Fokus der Debatte standen das ‚paternalistische‘ Element und die zumeist utilitaristischen Rechtfertigungsansätze des Nudging i. w. S.<sup>3</sup>

Das Phänomen der Dark Patterns lenkt den Blick auf eine dahinterstehende, im Grunde gesonderte Frage. Es offenbart, dass sich das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten als *Mittel* der Steuerung unabhängig von dem damit verfolgten Zweck betrachten lässt. Diese Einsicht verlangt es der Rechtswissenschaft ab, die grundrechtlichen Grenzen staatlicher Verhaltenslenkung neu zu bewerten und fortzuentwickeln. Dabei fällt der analytische Blick zunächst auf die abwehrechtliche Schutzfunktion der Grundrechte (unten §2). Diese bestimmt den allgemeinen Rahmen, nach dem das Grundgesetz gegen das staatliche Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten schützt. Zugleich spielt sich die Konstellation der Dark Patterns im Verhältnis zwischen Privaten ab – aus grundrechtlicher Warte ist damit die Frage nach einer staatlichen Schutzpflicht auf den Plan gerufen (unten §3). Hier können die grundrechtlichen Überlegungen zugleich nicht stehen bleiben: Zu beleuchten ist zudem, inwieweit sich diejenigen, die die Rationalitätsdefizite anderer ausnutzen, selbst auf grundrechtlichen Schutz berufen können (unten §4). Diese Überlegungen bilden den grundrechtlichen Rahmen dafür, das einfache Recht und die vorhandenen Regelungsmodelle zum Schutz der inneren Sphäre auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand zu stellen (unten Dritter Teil).

---

<sup>1</sup> S. oben §1 B. II.

<sup>2</sup> S. oben Einleitung B. I.

<sup>3</sup> S. oben Einleitung A.

## § 2 Abwehrrecht für die innere Sphäre der Grundrechte

Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten stellt einen von außen kommenden Einfluss auf das Individuum dar. Dogmatischer Ansatzpunkt der Überlegung zum Schutz des Einzelnen hiervor sind insofern die Freiheits(-grund-)rechte des Grundgesetzes (unten A.).<sup>4</sup> Mit Blick auf diese gilt es zu bestimmen, inwieweit der durch das Ausnutzen betroffene Entscheidungsprozess grundrechtlich geschützt ist (unten B.), welche (staatlichen) Maßnahmen hierin eingreifen (unten C.) und wie derartige Eingriffe zu rechtfertigen sind (unten D.).

### A. Vorab: Freiheitsrechte als Abwehrrechte (*status negativus*)

Freiheitsgrundrechte können grundsätzlich gegen ein Tun (also auf ein Unterlassen) oder gegen ein Unterlassen (also auf ein Tun) des Staates gerichtet sein.<sup>5</sup> Dieser „Doppelcharakter“<sup>6</sup> der Freiheitsrechte drückt sich in den Worten des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG aus: Der Staat hat die Grundrechte „zu achten und zu schützen“.<sup>7</sup> Damit sind zugleich die zwei – aus vertragstheoretischer Sicht –, ‚Fundamentalzwecke‘ des Staates beschrieben: Der Schutz und die Ermöglichung von Freiheit.<sup>8</sup> Grundrechtsdogmatisch kennzeichnen mithin die gegenläufigen Schutzfunktionen als Abwehrrecht und Leistungs- (auch Schutz-)recht die Freiheitsrechte.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Sie stehen grds. neben Leistungs- und Gleichheitsrechten sowie (str.) Mitwirkungsrechten; vgl. Jarass, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR II, 2006, § 38, Rn. 3, 14.

<sup>5</sup> Denkt man Freiheitsrechte von den Einzelnen her, ergibt sich als zentraler Klassifizierungsansatz die *Perspektive der Grundrechtsträger:innen* gegenüber dem Staat. Stellt man hierauf ab, resultiert daraus eine nach der Handlungsart unterscheidende Klassifikation der Funktionen. So auch Sodan, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 66, Rn. 1.

<sup>6</sup> Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (7); auch Stern, DÖV 2010, 241 (243), m. w. N.

<sup>7</sup> Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 191, Rn. 1; zur Unterscheidung auch ders., Grundrechte als Prinzipien, 2018, S. 287 ff. A. A. wohl Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 43. Erg.-Lfg. (Feb 2004), Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Rn. 42.

<sup>8</sup> Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 43. Erg.-Lfg. (Feb 2004), Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Rn. 42.

<sup>9</sup> Dabei besteht eine frappierende Unübersichtlichkeit, die bereits mit den Begriffen beginnt. Die Rede ist von „Dimension“, „Funktion“, Vosgerau, AöR 133 (2008), 346 (382); „Gehalte“, Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 129; „Grundrechtsfunktion“, Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 66; Jarass, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR II, 2006, § 38, Rn. 1; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 61 ff.; oder „Grundrechtswirkungen“, Bumke, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 14; s. auch Callies, JZ 2006, 321 (325 ff.), der zwischen objektiven und subjektiven Grundrechtsfunktionen unterscheidet.

In ihrer Funktion als individuelle subjektive *Abwehrrechte* (*status negativus*<sup>10</sup>)<sup>11</sup> schützen Freiheitsrechte einen abstrakt definierten Freiheitsbereich<sup>12</sup> davor, dass der Staat in diesen einwirkt.<sup>13</sup> Dieser Schutz erfasst sowohl natürliche Freiheit (Sein und Handeln) als auch normgeprägte, konstituierte Freiheit.<sup>14</sup>

*Natürliche Freiheit* ist eine solche, die nicht von gesetzlichen Regelungen abhängt, sondern ohne diese besteht. Sie lässt sich auch als tatsächliche oder ‚rohe‘ Freiheit beschreiben.<sup>15</sup> Natürliche Freiheit gliedert sich wiederum in Zustände/Eigenschaften und Handeln – mithin in Sein und Tun.<sup>16</sup> Der Schutz natürlicher Freiheit, etwa des Lebens oder des Sprechens, bildet den historisch-konzeptionellen Kern einer freiheitlichen Grundrechtsdogmatik.<sup>17</sup> Natürliche Freiheiten sind insofern vorrechtlich sowie streng-individualistisch, mithin staats- und gesellschaftslos.

*Normgeprägte*, „institutionelle“<sup>18</sup> *Freiheit* bedarf der Konstituierung durch gesetzliche Regelungen.<sup>19</sup> Der Schutz normgeprägter Freiheit ist gleichwohl

<sup>10</sup> *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1914, S. 418 ff. Zur gegenwärtigen Bedeutung der Statuslehre unter dem Grundgesetz vgl. etwa *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 1, Rn. 182.

<sup>11</sup> *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 52. Erg.-Lfg. (2008), Art. 19 Abs. 2, Rn. 42.

<sup>12</sup> Dies umfasst grds. „Handlungsrechte im engeren Sinn“ sowie „Status sichernde Schutzgüter“, *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Vorb. v. Art. 1, Rn. 75.

<sup>13</sup> Im Folgenden im Verständnis der Außenrechtstheorie, vgl. hierzu *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2018, S. 66 ff.; *Teifke*, Prinzip Menschenwürde, 2011, S. 91; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2020, S. 250 f., 273, 275 ff.; vgl. auch *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, 1992, S. 26.

<sup>14</sup> I. E. auch *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 79, Rn. 4 ff., der von Handlungen, Sphären und Institutionen spricht. Mischformen bestehen dabei oft, insbes. innerhalb einzelner grundrechtlicher Verbürgungen. Die Eigentums- oder Ehefreiheit bedarf der Normprägung, indem der Staat ein gesetzliches Institut des Eigentums und der Ehe (bzw. ihrer Anerkennung) schafft. Man kann zwar i. R. d. natürlichen Freiheit Besitz an einer Sache haben; Eigentum als normgeprägte Freiheit betrifft hingegen die rechtliche Beziehung zur Sache und bedarf somit der Konstitution. Gleichzeitig kennt die (konstituierte) Eigentumsfreiheit Elemente natürlicher Freiheit: Das Ausüben der Handlungen, die im Zusammenhang des Umgangs mit dem Eigentum stehen – von der Zerstörung bis zur Erklärung der Übertragung – sind ebenfalls von dem Freiheitsrecht erfasst.

<sup>15</sup> *Michl*, Unionsgrundrechte, 2018, S. 15 f.

<sup>16</sup> *Michl*, Unionsgrundrechte, 2018, S. 110 ff.

<sup>17</sup> In den Worten *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 83: Die „originären Schutzgegenstände abwehrrechtlicher Grundrechtspositionen kennzeichnet, daß sie in Form eines nicht schon strukturell begrenzten Individualguts denkbar und zuweisbar“ sind.

<sup>18</sup> *Michl*, Unionsgrundrechte, 2018, S. 16 f., zu „institutionellen Tatsachen“.

<sup>19</sup> Von der Konstituierung des Freiheitsgegenstands ist seine *Regelung* zu unterscheiden. Die Regelung schafft keine Freiheit, sondern begrenzt diese rechtlich. Eine Regelung ist bei natürlichen und normgeprägten Freiheiten möglich. Konstituierungsbedürftigkeit und (ungebundener) Regelungsvorbehalt sollten insofern nicht verwechselt werden; vgl. *Michl*, Unionsgrundrechte, 2018, S. 81. Beides firmiert oft wenig trennscharf unter dem Topos der Ausgestaltung; hierzu *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 16 ff. Gleichzeitig hat die Trennung zwischen Konstituierung und Regelung i. E. keine durchschlagende Bedeutung.

Teil des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes.<sup>20</sup> Die Verfassung selbst kennt – explizit oder implizit – normgeprägte Grundrechte, etwa die Ehe- und die Vertragsfreiheit. Die Abwehrrechte schützen entsprechend den „vorhandene[n] Bestand rechtlicher Handlungsmöglichkeiten“<sup>21, 22</sup>

Die Einordnung der Steuerungsmittel hat gezeigt, dass die innere Sphäre der Entscheider:innen betroffen ist, wenn das Gegenüber ihre Rationalitätsdefizite ausnutzt.<sup>23</sup> Da es sich bei dem inneren Entscheidungsprozess um einen tatsächlichen Vorgang handelt, bilden die Abwehrrechte den naheliegenden Maßstab, um das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten zu bewerten. Zu klären ist deshalb, ob und wie die Grundrechte des Grundgesetzes die innere Sphäre, namentlich den Entscheidungsprozess, als natürliche Freiheit abwehrrechtlich schützen.

## B. Schutz des Entscheidungsprozesses (innere Sphäre)

Ob und wie das Grundgesetz die innere Sphäre, den Entscheidungsprozess, schützt und sich so dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten in den Weg stellt, ist bislang nicht geklärt.<sup>24</sup> Wie dieser Schutz sich herleitet bzw. wo im grundgesetzlichen Schutzgefüge er seinen Sitz hat und – entscheidender – welche Konturen ihm zukommen, bedarf einer detaillierten Analyse.<sup>25</sup> Lohnenswerter Ausgangspunkt ist dabei das Menschenbild des Grundgesetzes (unten I.). Hierauf aufbauend ist zu ermitteln, wie die Grundrechte die innere Sphäre im Detail schützen (unten II.-VI.).

### I. Hintergrund: Menschenbild des Grundgesetzes

Zentraler Ausgangs- und Referenzpunkt, um einen Schutz der inneren Sphäre herzuleiten, sind grundlegende Werte der Verfassung. Solche Werte kommen

---

Denn der Gesetzgeber ist auch bei der Konstituierung nicht frei. Er ist vielmehr an die Vorgaben der Verfassung für die Konstituierung gebunden (s. unten § 3 A. III.).

<sup>20</sup> So i. E. auch *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 42, 103 ff., 153 ff., 199 ff.; *Michl*, Unionsgrundrechte, 2018, S. 110 ff., 176 ff., für konstituierende und konkretisierende Rechtsvorschriften; differenzierend *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 402 ff.

<sup>21</sup> *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 2.

<sup>22</sup> Die abwehrrechtliche Seite der Freiheitsrechte ist hingegen nicht geeignet, Rechtspositionen, die auf staatliche Anerkennung nicht bereits anerkannter privater Akte gerichtet sind, zu tragen bzw. zu schützen; so jd. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 485. Insofern geht es um ein staatliches Tun, insbes. ein Bereitstellen/Geben; s. unten § 3 A. II.

<sup>23</sup> S. oben § 1 A. IV. 3.

<sup>24</sup> Zu unterscheiden ist der Schutz der inneren Sphäre von der negativen Komponente der Grundrechte, mithin der Freiheit, von einem Recht keinen Gebrauch zu machen; vgl. *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 43.

<sup>25</sup> Insofern postuliert das BVerfG wenig bestimmt einen Schutz der „Autonomie“, BVerfGE 153, 182 (183, Ls. 3.b) – Suizidhilfe.

in den Grundrechten, allen voran der Menschenwürde, zum Ausdruck. Als hilfreicher Leitfaden erweist sich dabei das Menschenbild, das die Verfassung zeichnet.<sup>26</sup>

### 1. Ideelles Menschenbild des Grundgesetzes

Dem Grundgesetz unterliegt ein gewisses – wenn auch nicht *en détail* destillierbares – ideelles Menschenbild. Dieses lässt sich der Verfassung entnehmen, ist „normsystemimmanent“<sup>27</sup> – und doch gleichzeitig in vorrechtlichen Annahmen begründet und von diesen geprägt.<sup>28</sup> Kennzeichnend sind zwei Dimensionen, die für den Fortgang der Untersuchung bedeutsam sein werden: Das Bild des Menschen ‚an sich‘ sowie das Bild des Menschen im Bezug zur Gemeinschaft – mithin ein Bild des Menschen als Individuum wie auch als Teil eines Kollektivs.

#### a) Individuelle Komponente

Das individuelle Menschenbild stellt den Menschen als Subjekt in den Mittelpunkt der Rechtsordnung. Als Ausfluss der Menschenwürdegarantie schützt das Grundgesetz den Menschen so, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und sich seiner selbst bewusst wird.<sup>29</sup>

Hierzu gehört, dass der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.<sup>30</sup> Aus dieser Perspektive geht das Grundgesetz von einem Menschen aus, der die Fähigkeit besitzt, sich „seiner selbst bewusst zu werden, sich selbst zu bestimmen und die Umwelt zu gestalten“<sup>31</sup>. Insofern beschreibt das Grundgesetz den Menschen gleichsam *formell* mit gewissen Eigenschaften und Fähigkeiten. Die materielle Aufladung mit Werten und Überzeugungen lässt das Grundgesetz hingegen offen.<sup>32</sup> Das Grundgesetz bekennt sich damit in „Abkehr von der Allstaatlichkeit des Nationalsozialis-

<sup>26</sup> Vgl. zu den Problemen eines solchen Bilds *Kolbe*, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 166 mit Fn. 535.

<sup>27</sup> *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 161; so auch *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 62; ähnlich *Suhr*, Entfaltung der Menschen, 1976, S. 73.

<sup>28</sup> Hierfür *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 55. Erg.-Lfg. (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1, Rn. 7; *Hufen*, JuS 2010, 1 (1); gleichzeitig ist das Grundgesetz alleine aus sich heraus auszulegen, *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 55. Erg.-Lfg. (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1, Rn. 19 f., 44; a. A. *Enders*, Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 17.

<sup>29</sup> BVerfGE 49, 286 (298) – Transsexuelle I.

<sup>30</sup> BVerfGE 49, 286 (298) – Transsexuelle I.

<sup>31</sup> *Dürig*, AöR 81 (1956), 117 (125).

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 108, 282 (300) – Kopftuchverbot; BVerfGE 41, 29 (50) – Simultanschule zur Religionsfreiheit. Insofern lässt sich das Menschenbild des Grundgesetzes als offen bezeichnen; *Höfling*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 2021, Art. 1, Rn. 38; *Kolbe*, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 166, m. w. N. S. auch *Britz*, Freie Entfaltung, 2007, S. 19, mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 GG: „Das Tatbestandsmerkmal der Persönlichkeit ist also als wertungsloses deskriptives Merkmal zu verstehen“.

mus [...] zur Eigenständigkeit und Selbstverantwortlichkeit des Menschen<sup>33</sup>. Der Mensch ist also in doppelter Hinsicht selbstbestimmt: *äußerlich*, mit der Fähigkeit über sich zu verfügen und nach seinen Überzeugungen zu handeln; *innerlich*, mit der Fähigkeit sich zu begreifen und zu entwerfen.<sup>34</sup>

Das Menschenbild des Grundgesetzes ist mit dieser individualistischen Selbstbehauptungssicht allerdings nicht abgeschlossen. Vielmehr deutet sich jedenfalls in der Rechtsprechung des BVerfG ein Ideal menschlicher *Entscheidungsfindung* an. Selbstbestimmung ist dann verwirklicht, wenn die entsprechenden Entscheidungen des Menschen „auf einen autonom gebildeten, freien Willen zurück[gehen]“<sup>35</sup>. Dies ist wiederum der Fall, wenn die Einzelnen ihre „Entscheidung auf der Grundlage einer realitätsbezogenen, am eigenen Selbstbild ausgerichteten Abwägung des Für und Wider“<sup>36</sup> treffen. Das BVerfG sieht damit eine „realitätsbezogene, rationale Einschätzung“<sup>37</sup> bzw. eine „reflektierte, abwägende Entscheidung“<sup>38</sup> als Maßstab für Selbstbestimmung. Grundlage für eine derart selbstbestimmte Entscheidung ist dabei, dass die Einzelnen „über sämtliche Informationen“<sup>39</sup> verfügen.

In philosophischer Hinsicht bildet ein derartiges Menschenbild einen Brückenschlag zwischen dem Kompetenz- und dem Authentizitätsansatz menschlicher Autonomie. Das BVerfG betont dabei die kompetenzielle Seite: Autonom ist, wer rational, realitätsbezogen und abwägend entscheidet und die dafür notwendigen Voraussetzungen mitbringt. Insofern fußt das Grundgesetz auf der Vorstellung einer kantianischen Vernunftbegabung des Menschen.<sup>40</sup> Zugleich webt das BVerfG Authentizitäts-Elemente ein. So ist für die Entscheidung der Einzelnen nicht etwa eine reine Nutzenmaximierung abwägungsleitend, sondern das eigene Selbstbild. Der „sich in seiner Individualität selbst begreif[ende]“<sup>41</sup> Mensch verfügt über eine Meta-Reflexionsebene, auf der er sich selbst sieht und beurteilt.<sup>42</sup> Nicht alleine das äußere Handeln ist grundrechtsschutzleitend – entscheidend ist, auf welchem inneren Entschluss es beruht. Insofern ist es entgegen der Ansicht *H. A. Wolffs* gerade so, dass die Rechtsprechung „die Fähigkeit

<sup>33</sup> BVerfGE 6, 55 (71) – Steuersplitting.

<sup>34</sup> In diese Richtung auch *Britz*, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 16: „innere [und] äußere Dimension autonomer Freiheit“.

<sup>35</sup> BVerfGE 153, 182 (273, Rn. 240) – Suizidhilfe.

<sup>36</sup> BVerfGE 153, 182 (273, Rn. 240) – Suizidhilfe.

<sup>37</sup> BVerfGE 153, 182 (275, Rn. 246) – Suizidhilfe.

<sup>38</sup> BVerfGE 153, 182 (274, Rn. 244) – Suizidhilfe.

<sup>39</sup> BVerfGE 153, 182 (273 f., Rn. 242) – Suizidhilfe, unter Verweis auf BVerfGE 128, 282 (301) – Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug.

<sup>40</sup> *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 55. Erg.-Lfg. (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1, Rn. 7; *Hufen*, *JuS* 2013, 1 (1).

<sup>41</sup> BVerfGE 153, 182 (263, Rn. 210) – Suizidhilfe.

<sup>42</sup> Vgl. zu der zugrundeliegenden Idee des Wollens erster und zweiter Ordnung *Frankfurt*, *J. Philos.* 68 (1971), 5 (10 ff.), sowie oben Erster Teil, Fn. 209.

des Menschen, seine Handlungen willentlich und bewusst zu steuern<sup>43</sup> in den Vordergrund stellt.<sup>44</sup>

### b) Kollektive Komponente

Die kollektive Komponente des Menschenbilds ist in Abgrenzung zu der individuellen Komponente geprägt von der Umwelt, in der der Mensch existiert.<sup>45</sup> Leitend ist seine „Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit“<sup>46</sup>. Der Mensch kann seine Selbstbestimmung nur „in und – gerade auch – mit der Gesellschaft“<sup>47</sup> ausüben. Er ist „als soziales Wesen [...] einer Ordnung eing[ge]gliedert“<sup>48</sup>. Diese Eingliederung ist mit Blick auf die Selbstentwicklung die Grundlage als auch die Grenze der menschlichen Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentwicklung.<sup>49</sup> Gleichzeitig statuiert das Grundgesetz kein kollektivistisches Menschenbild, in dem die Einzelnen der Gemeinschaft untergeordnet sind.<sup>50</sup> Im Gegenteil: Der „Eigenwert“<sup>51</sup> des Menschen bleibt unangetastet. Der kollektive Bezug drückt vielmehr aus, dass das Individuum sich nicht losgelöst von der Gemeinschaft entwickelt und sich nicht ungeachtet seines sozialen Umfelds entfalten kann.<sup>52</sup> Hiermit korrespondiert der Bedarf, Freiheitssphären verschiedener Grundrechtsträger:innen gegeneinander abzugrenzen.<sup>53</sup>

### c) Menschenbild als ideelles Bild

Das so abgesteckte Bild des Menschen ist, insbesondere in seiner individuellen Komponente, ideell zu verstehen, nicht hingegen deskriptiv oder normativ. Es drückt *nicht* aus, wie der Mensch ist, und *nicht*, wie er sein soll.<sup>54</sup> Die aus dem Mensch-Sein abgeleiteten Rechte sind nicht daran geknüpft, dass der Mensch

<sup>43</sup> Wolff, JZ 2006, 925 (926) – dies jd. gerade verneinend.

<sup>44</sup> Damit ist zugleich ausgedrückt, dass das Menschenbild des Grundgesetzes anti-deterministisch ist. Den *hobbesschen* Abschirmungsgedanken legt das BVerfG zugunsten einer Festlegung auf den Indeterminismus auf Eis – es spricht eben von einer „eigenverantwortliche[n] Persönlichkeit“, BVerfGE 32, 98 (107 f.).

<sup>45</sup> Vgl. grds. BVerfGE 4, 7 (15 f.) – Investitionshilfegesetz.

<sup>46</sup> BVerfGE 4, 7 (15 f.) – Investitionshilfegesetz; auch BVerfGE 109, 133 (151) – Sicherungsverwahrung.

<sup>47</sup> Kolbe, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 166 f.; Hervorheb. i. Org.

<sup>48</sup> Martini, Hoheitliche Verteilungslenkung, 2008, S. 183 f.

<sup>49</sup> Britz, Freie Entfaltung, 2007, S. 13 f.

<sup>50</sup> Vgl. zur Kommunitarismusdebatte Bell, in: Zalta/Nodelman (Hrsg.), Stanford Encyclopedia, 2020; Honneth, in: ders. (Hrsg.), Kommunitarismus, 1995, S. 7, 9 ff.; zum Grundgesetz Thiele, in: Reese-Schäfer (Hrsg.), Kommunitarismus, 2019, S. 465, 472 ff.

<sup>51</sup> BVerfGE 4, 7 (15 f.) – Investitionshilfegesetz.

<sup>52</sup> Sehr stark in diese Richtung Wintrich, Problematik der Grundrechte, 1957, S. 7.

<sup>53</sup> BVerfGE 32, 98 (107 f.); vgl. insoweit Kolbe, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 168.

<sup>54</sup> A. A. Krefßner, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 356: „die Verfassung [erachtet] ein selbstbestimmtes, rationales Verhalten normativ für ein erstrebenswertes Ziel“.

dieses Bild deskriptiv erfüllt. Es gründet vielmehr auf einer Idee des Menschen ‚als etwas‘ und leitet hieraus seine Würde und Rechte ab.<sup>55</sup> Gleich wie weit die Einzelnen die angenommenen Eigenschaften und Fähigkeiten tatsächlich besitzen oder hiervon, etwa aufgrund von Krankheit oder angeborener Eigenschaft, abweichen, behalten sie ihren vollen Status als Mensch unter dem Grundgesetz.<sup>56</sup>

## 2. (Verhaltens-)Ökonomische Reflexion

Grundgesetz wie Ökonomie bedienen sich eines Bilds bzw. eines Modells des Menschen, auf dem sie ihre Denkgebäude errichten. Jedenfalls die liberale, vernunftbegabte (individuelle) Seite des grundrechtlichen Menschenbilds zeigt Überschneidungen zum *homo oeconomicus*. Beide legen ihre Präferenzen bzw. Werte und Überzeugungen selbst fest. Zudem entscheiden sie rational abwägend nach diesen Maßstäben.<sup>57</sup>

Zugleich besteht ein wesentlicher Unterschied: Das Menschenbild des Grundgesetzes ist ideell, das Menschenbild der Ökonomie hingegen stellt eine Annahme über die Wirklichkeit dar. Verhaltensökonomische Anpassungen des ökonomischen Menschenbilds – mithin seine Rationalitätsdefizite – nimmt das Grundgesetz offen auf. Es macht kein gewisses Sein des Menschen zur Voraussetzung des Grundrechtsschutzes. Gleichzeitig treten die verhaltensökonomischen Erkenntnisse über menschliches Entscheiden in eine gewisse Spannung mit dem ideellen Menschenbild des Grundgesetzes. Denn Entscheidungs- und Urteilsfehler sind geeignet, die geistesgeschichtlich radizierte Idee der Vernunftbegabung des Menschen in einem weniger klaren Licht erscheinen zu lassen. Gerade dort, wo das ideelle Menschenbild des Grundgesetzes zugleich das Leitbild der Auslegung des Grundgesetzes oder des einfachgesetzlichen Rechts ist, entsteht so ein Spannungsbogen zwischen normativem Ideal und empirischer Realität.

Die kollektive Ebene des Menschenbilds des Grundgesetzes liegt weniger nah an der ökonomischen Konzeption des Menschen. Die Seite der Einwirkungen der Gemeinschaft auf den Menschen findet keine direkte Entsprechung im Modell

<sup>55</sup> In diese Richtung wohl auch *Möllers*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), Willensfreiheit, 2008, S. 250, 270, wenn er davon spricht, dass Willensfreiheit ein „gewillkürte[s] Konzept ist“, dass keiner „unmittelbaren empirischen Widerlegung“ zugänglich ist. Ähnlich *Hillgruber*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU IV, 2022, § 100, Rn. 34.

<sup>56</sup> Insofern etwas unscharf *Martini*, Hoheitliche Verteilungslenkung, 2008, S. 184, der davon spricht, dass „Würde und Wert des Menschen [...] gerade durch seine Fähigkeit zu eigener Lebensgestaltung und -planung begründet“ sind.

<sup>57</sup> Wobei rational hier unterschiedlich konnotiert ist. Das ökonomische Menschenbild geht davon aus, dass die Nutzenfunktion des Menschen stets auf Nutzenmaximierung gerichtet ist. Das grundgesetzliche Menschenbild hingegen erkennt nutzenmaximierendes Verhalten zwar als Teil der Individualität und Selbstbestimmung an: „Freiheit schließt die Entfaltung nutzenmaximierenden Verhaltens ein“, *Martini*, Hoheitliche Verteilungslenkung, 2008, S. 184. Jedoch ist der Mensch nicht auf Nutzenmaximierung festgelegt.

des *homo oeconomicus*. Der grundgesetzlichen Annahme der Gemeinschaftsbezogenheit des Menschen kommt im ökonomischen Modell die Einbettung des Menschen in den Markt am nächsten. Denn diese bedingt und begrenzt die Handlungsmöglichkeiten der Einzelnen (im Sinne etwa von Knappheit). Doch verändern die Marktbedingungen im ökonomischen Modell den Menschen nicht unmittelbar selbst – anders hingegen die Gemeinschaft nach dem Bild des Grundgesetzes, die den Menschen unmittelbar formt.<sup>58</sup> Ein größerer Gleichlauf zeigt sich auf der Seite der Auswirkungen der Einzelnen auf die Gemeinschaft. Die Grenzen des Handelns, welche aus den Rechten und Freiheiten anderer folgen, beschreiben ökonomisch gewissermaßen externe Effekte. Juristisch rechtfertigen sie einen Eingriff in die Freiheit, ökonomisch einen solchen in den Markt.

### 3. Zwischenergebnis

Dem Grundgesetz wohnt ein Menschenbild inne, das sich durch eine individuelle und eine kollektive Komponente auszeichnet. Es handelt sich dabei um ein ideelles Menschenbild, das materiell offen, gleichwohl aber formell stark festgelegt ist. So ist der Mensch frei, seine Werte selbst zu bestimmen – die Entscheidung nach diesen Werten erfolgt idealiter jedoch streng rational. Insofern verbindet das Menschenbild in philosophischer Hinsicht den Kompetenz- und den Authentizitätsansatz und macht beide zum Bestandteil ideeller Autonomie. Ein Abgleich mit dem ökonomischen Konzept des Menschen legt eine Überlappung im Bereich der Vernunft nahe, die sich im Rationalitätsmodell spiegelt. Gleichzeitig ergibt sich ein wesentlicher Unterschied, als das Menschenbild des Grundgesetzes ideell ist, das der Ökonomie eine Annahme über die Wirklichkeit ausdrückt.<sup>59</sup>

## II. Abwehrrechtlicher Schutz der inneren Sphäre

Liegt das ideelle Menschenbild des Grundgesetzes offen und ist zudem aufgezeigt, wie der Entscheidungsprozess der Einzelnen bedroht ist, scheint die Frage nach dem ‚Ob‘ des abwehrrechtlichen Schutzes der inneren Sphäre schnell beantwortet: Der Schutz der inneren Sphäre wirkt wie ein unerlässlicher Teil des freiheitsrechtlichen Grundrechtsschutzes für den selbstbestimmten Menschen. Doch zeigt ein Blick auf die gegenwärtige Auslegung der Schutzbereiche der grundrechtlichen Freiheitsrechte, dass weder Literatur noch Rechtsprechung einem solchen Bestandteil des Schutzbereichs Beachtung schenken.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Etwas anders liegt es, folgt man „thin conceptions“ der RCT: Hier kann die Umwelt auf die Präferenzen der Einzelnen einwirken. S. hierzu oben Erster Teil, Fn. 10.

<sup>59</sup> Insofern hat Gerg, Nudging, 2019, S. 38, Recht, wenn er festhält, dass dem „Grundgesetz zumindest kein rein ökonomisches Bild, wie das Modell des *homo oeconomicus*, zugrunde liegt“.

<sup>60</sup> Kolbe, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 216, diagnostiziert insofern, dass „die

### 1. Grundsätzlich: Äußere Sphäre als Schutzgegenstand

Klassischer Ansicht nach schützen Freiheitsgrundrechte (allem voran) natürliche Freiheit.<sup>61</sup> Sie schützen das Tun und das (bloße, rohe) Sein.<sup>62</sup> Schutzgegenstand ist mithin die Integrität der Person.<sup>63</sup> Anders gewendet: Freiheitsgrundrechte schützen *äußere* Handlungen und Zustände, etwa im Sinne eines Rechts auf Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG) oder auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG).<sup>64</sup> Hiernach setzt der „verfassungsrechtliche Schutz der Freiheit [der] Einzelnen [...] nicht am Willen [an], sondern an der außenwirkenden menschlichen Handlung“<sup>65</sup>. Dieses Freiheitsverständnis findet seinen ideengeschichtlichen Ausgangspunkt etwa in der Philosophie *Hobbes*. Nach ihm bedeutet Freiheit „the absence of Opposition; by Opposition, I mean external Impediments of motion“<sup>66</sup>. *Hobbes* Ansatz blieb in der Idee der negativen Freiheit – des Abwehrrechts – in der modernen Grundrechtstradition erhalten.

In dieser abwehrrechtlichen Dimension sind die Grundrechte allein außenbezogen. Ein so verstandener Schutz natürlicher Freiheit ist losgelöst von der inneren Sphäre. Handlungsfreiheit ist hiernach „unabhängig von der Willensfreiheit“<sup>67</sup> – dem individuellen Willen kommt mit Blick auf das Schutzgut keine unmittelbare Bedeutung zu. Dafür, dass die äußere von der inneren Seite der Grundrechte abgelöst ist, gibt es historisch zwei Begründungslinien. Zum einen sollte diese Engführung den Freiheitsschutz und die Grundrechte vor deterministischen Einwendungen abschirmen. Wo der Freiheitsschutz von dem individuellen Willen losgelöst ist, kommt der Frage, ob die Einzelnen überhaupt einen freien Willen haben, keine Bedeutung zu.<sup>68</sup> Neben dieser auf deterministische Vorbehalte gerichteten Ablösung der äußeren von der inneren Seite der Grundrechte, stellt sich ein zweiter Begründungsstrang. So ging etwa *Jellinek* davon aus, dass die „menschliche Innerlichkeit“<sup>69</sup> dem staatlichen Zugriff faktisch gänzlich entzogen ist. Dabei folgt er kantianischem Denken über die Willensfreiheit: *Kant* nimmt an, dass das Recht die innere Motivation der adressierten Subjekte nicht beeinflusst bzw. beeinflussen kann.<sup>70</sup>

---

Betrachtung des Schutzes vor [...] staatlichen Einwirkungen auf die innere Sphäre [in der Staatsrechtslehre] bislang eher ein Schattendasein“ fristet.

<sup>61</sup> S. oben § 2 A.

<sup>62</sup> *Martini*, JA 2009, 839 (839).

<sup>63</sup> Etwas anders *Martini*, JA 2009, 839 (839): „Integrität der Persönlichkeit“.

<sup>64</sup> *Heun*, JZ 2005, 853 (854); sowie *ders.*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), Willensfreiheit, 2008, S. 276, 279.

<sup>65</sup> *Wolff*, JZ 2006, 925 (926).

<sup>66</sup> *Hobbes*, *Leviathan*, 1651 (Reprint 1965), S. 161; unter Weglassung der Klammern.

<sup>67</sup> *Heun*, JZ 2005, 853 (854).

<sup>68</sup> *Heun*, JZ 2005, 853 (854).

<sup>69</sup> *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 1914, S. 250 f.

<sup>70</sup> *Möllers*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), Willensfreiheit, 2008, S. 250, 251 ff.

Auf den ersten Blick scheint das Grundgesetz diesem Ansatz zu folgen und innere Vorgänge generell nicht zu schützen.<sup>71</sup> Es statuiert keinen expliziten Grundrechtsschutz der inneren Sphäre. Das „Schweigen des Grundgesetzes“<sup>72</sup> zur inneren Sphäre könnte darauf hindeuten, dass die Mütter und Väter der Verfassung – *Jellinek* folgend – davon ausgingen, dass es dem Staat tatsächlich unmöglich ist, auf die innere Sphäre einzuwirken.<sup>73</sup> Die Gedanken wären danach nicht normativ, sondern deskriptiv frei. So fragte etwa *Thoma* in seiner Kritischen Würdigung des Grundrechtskatalogs des Grundgesetzes lakonisch: „Wer sollte die [Gedanken] antasten können?“<sup>74</sup> Anklänge für eine derartige Sicht finden sich in der Rechtsprechung des BVerfG zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Hier erkennt das Gericht zwar an, dass der Mensch über „innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art“<sup>75</sup> verfügt – geschützt sei aber nur das „zum Ausdruck bringen“<sup>76</sup> in einem äußeren Raum, wie der Wohnung<sup>77</sup> oder einem informationstechnischen System<sup>78,79</sup>

## 2. Schutz der inneren Sphäre?

Die Vorstellung, dass es dem Staat faktisch unmöglich ist, auf die innere Sphäre einzuwirken, stellen jedoch bereits die Wirksamkeit von Werbung und Propaganda in Frage. Spätestens mit der verhaltenswissenschaftlichen Forschung ist die Annahme, das Innere entziehe sich dem Einfluss des Staates, jedenfalls widerlegt.<sup>80</sup> Die Erkenntnisse der Verhaltenswissenschaft geben vielmehr Anlass, den

<sup>71</sup> Implizit wohl *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 79, Rn. 4 ff., der nur äußere Schutzgegenstände anerkennt.

<sup>72</sup> *Faber*, Innere Geistesfreiheit, 1968, S. 47; vgl. zur Entstehungsgeschichte auch *Goos*, Innere Freiheit, 2011, S. 75 ff.

<sup>73</sup> Hierzu *Faber*, Innere Geistesfreiheit, 1968, S. 47 ff., mit Nachweisen zu dahingehenden Aussagen in der Weimarer Nationalversammlung sowie im Parlamentarischen Rat.

<sup>74</sup> *Thoma*, in: Pikart/Werner (Hrsg.), Parlamentarische Rat, 1993, S. 361, 367.

<sup>75</sup> BVerfGE 109, 279 (314) – Großer Lauschangriff; BVerfGE 120, 274 (335) – Online-Durchsuchung.

<sup>76</sup> BVerfGE 120, 274 (335) – Online-Durchsuchung. Auch *O’Hara*, AöR 145 (2020), 133 (165), scheint in diese Richtung zu tendieren, wenn er ausführt, dass es „soweit ersichtlich auch kein generelles Integritätsinteresse am gegenwärtigen [...] Gemütszustand“ gibt.

<sup>77</sup> BVerfGE 109, 279 (313 f.) – Großer Lauschangriff.

<sup>78</sup> BVerfGE 120, 274 (335 f.) – Online-Durchsuchung.

<sup>79</sup> Hier schwingt zugleich die Annahme mit, dass die Einwirkung in die innere Sphäre stets auch die äußere Sphäre berührt und ggf. verletzt. In diese Richtung wohl *Faber*, Innere Geistesfreiheit, 1968, S. 37 ff., der jedenfalls Verletzungen der Menschenwürde nur bei Beeinträchtigungen (auch) des Außenbereichs (der physischen Existenz) annimmt. Insofern stünde, auch wenn das Grundgesetz keinen Schutz alleine der inneren Sphäre gewährte, gleichwohl die Möglichkeit offen, außenwirksame Elemente des Eingriffs in die innere Sphäre über den Außenbereichsschutz der Grundrechte zu erfassen. Hierzu auch unten § 2 B. VI. 1.

<sup>80</sup> *Krefßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 214 f.: „Trotz ihrer Innerlichkeit unterliegt die Meinungsbildung grundsätzlich der Beeinflussbarkeit von außen“.

Schutz der inneren Sphäre zu betrachten. Ausgehend von der abwehrrechtlichen Konzeption der Freiheitsrechte und dem Menschenbild des Grundgesetzes gilt es herauszuarbeiten, welche Verfassungsposition bedroht ist, wenn der Staat die Rationalitätsdefizite der Einzelnen ausnutzt. Zu ermitteln ist mithin, inwieweit die Verfassung den menschlichen Entscheidungsprozess grundrechtlich schützt.

a) *Schutz nur im Rahmen einzelner Kontexte?*

Einen Ansatzpunkt für den Schutz der inneren Sphäre können Grundrechte liefern, die ausdrücklich auf innere Vorgänge abzustellen scheinen. So schützen die Glaubens- und Gewissens- (Art. 4 Abs. 1 GG) sowie die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) zwar primär äußere Vorgänge wie das Bekenntnis und die Ausübung des Glaubens<sup>81</sup> bzw. das Äußern und Verbreiten der Meinung<sup>82</sup>. Diesen Freiheitsrechten wohnt gleichwohl bereits ihrem Wortlaut nach ein innerer Bezugspunkt inne – der geglaubte Glaube, das gehabte Gewissen bzw. die gehabte Meinung.

Entsprechend vertreten Stimmen in der Literatur, dass einzelne Grundrechte – entgegen der geschichtlichen Genese – eine „innere Dimension“<sup>83</sup> aufweisen. Ihr Schutz soll auch innere Vorgänge, das „forum internum“<sup>84</sup>, erfassen. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit schütze hiernach (auch bzw. nur<sup>85</sup>) die „Freiheit des Denkens“ bzw. „Sphäre des Denkens“<sup>86, 87</sup>. Nach dem BVerfG erfasst diese „innere Freiheit“<sup>88</sup> vor allem „Glaubensüberzeugungen“<sup>89</sup>, mithin die „Entscheidung für oder gegen einen Glauben“<sup>90</sup> sowie die Entscheidung, „welche religiösen Symbole [die bzw. der Einzelne] anerkennt und verehrt und welche

<sup>81</sup> *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 92. Erg.-Lfg. (Aug 2020), Art. 4, Rn. 69.

<sup>82</sup> *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 68. Erg.-Lfg. (Jan 2013), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 80 ff.

<sup>83</sup> *Britz*, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 4; *Kolbe*, *Staatliche Gesundheitssteuerung*, 2017, S. 224.

<sup>84</sup> *Morlock*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 4, Rn. 63; *Mager*, in: Münch/Kunig/Kämmerer et al. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 4, Rn. 31; vgl. insges. *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 213 ff. Andeutend bereits *Faber*, *Innere Geistesfreiheit*, 1968, S. 28. Keine Erwähnung hingegen bei *Hillgruber*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU IV, 2022, § 111, Rn. 31 ff.

<sup>85</sup> *Herzog*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 27. Erg.-Lfg. (1988, Voraufgabe), Art. 4, Rn. 66; *Mager*, in: Münch/Kunig/Kämmerer et al. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 4, Rn. 31.

<sup>86</sup> *Herzog*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 27. Erg.-Lfg. (1988, Voraufgabe), Art. 4, Rn. 64; dieser geht davon aus, dass die Glaubensfreiheit sogar ein „reines Recht des forum internum“ darstellt. Gänzlich anders nun *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 92. Erg.-Lfg. (Aug 2020), Art. 4, Rn. 60, der die Glaubensfreiheit rein äußerlich zu verstehen scheint.

<sup>87</sup> Vgl. zur Frage des einheitlichen Schutzbereichs des gesamten Artikels bzw. der Religionsfreiheit *Morlock*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 4, Rn. 57 f. mit Fn. 129 und 130.

<sup>88</sup> BVerfGE 33, 23 (26) – Eidesverweigerung, unter Weglassung der Klammern.

<sup>89</sup> BVerfGE 93, 1 (16) – Kruzifix.

<sup>90</sup> BVerfGE 93, 1 (15) – Kruzifix.

[sie bzw.] er ablehnt<sup>91</sup>. Für die Meinungsfreiheit wird ebenfalls vertreten, dass sie innere Vorgänge schützt.<sup>92</sup>

### b) Genereller Schutz

Der punktuell anerkannte Schutz innerer Vorgänge belegt, dass das Verfassungsrecht die innere Sphäre im Blick hat. Zugleich wäre es möglich, hieraus im Umkehrschluss abzuleiten, dass die innere Sphäre darüberhinausgehend nicht geschützt sein soll. Doch verkennt eine solche enge Auslegung der Freiheitsrechte den Schutzbedarf wie die Bedrohung der inneren Sphäre.

So ist die Vorstellung lückenhaft, abwehrrechtlicher Schutz sei ohne Bezug zum Inneren zu machen. Bei dem *Seins-Schutz* ist dies noch am konsequentesten durchzuhalten. Das Leben oder die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) bestehen als Schutzgut unabhängig von inneren Vorgängen oder Zuständen der Einzelnen. Das Innere ist hier keine Schutzvoraussetzung. Gleichfalls kann das Innere mittels der Konstruktion des Verzichts bzw. der Einwilligung zu einer Schutzaufhebung führen. So erlangen innere Vorgänge auch bei reinem Seins-Schutz grundrechtliche Bedeutung.<sup>93</sup>

Anders liegt es bei dem *Handelns-Schutz*. Grundrechtlich geschütztes Tun ist zwar an sich äußeres Tun, etwa das Sprechen oder das Füttern von Tauben.<sup>94</sup> In seiner grundrechtlichen Bewertung kommt es jedoch ohne Bezug zum Inneren nicht aus. Handeln ist insofern mehr als physische Bewegung, also die Änderung des Orts eines physikalischen Körpers mit der Zeit. Vielmehr begründet nur eine willensgeleitete Bewegung grundrechtlich geschütztes Handeln.<sup>95</sup> Insofern ist ein gewisses Willenselement, also eine innere Dimension der Bewegung, Voraussetzung des rechtlichen Schutzes *als Handlung*.<sup>96</sup> Das Recht auf freie „Entfaltung“ der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) macht diesen Zusammen-

<sup>91</sup> BVerfGE 93, 1 (16) – Kruzifix.

<sup>92</sup> Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 68. Erg.-Lfg. (Jan 2013), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 75 ff.; wenn auch str.; allg. Fenchel, Negative Informationsfreiheit, 1997.

<sup>93</sup> Grds. Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 52 ff. Klassisches Beispiel hierfür ist die Einwilligung in den Heileingriff – und die dabei ins Spiel kommenden Anforderungen an und Vorstellungen von inneren Vorgängen; s. Janda, JZ 2012, 932 (933). Inwieweit die Einwilligung auch gegenüber der öffentlichen Hand statthaft ist, ist weniger klar, vgl. Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Vorb. v. Art. 1, Rn. 131 ff.

<sup>94</sup> Wolff, JZ 2006, 925 (926).

<sup>95</sup> Vgl. etwa Wolff, JZ 2006, 925 (926), zur allgemeinen Handlungsfreiheit. Ein Beispiel verdeutlicht dies: Das Reden im Schlaf ist mangels natürlichen Willens nicht von der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) geschützt, sondern unterfällt dem Recht auf Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) oder der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

<sup>96</sup> Auch Schutz von Nicht-Handeln, also *negative Handlungsfreiheit*; Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Vorb. v. Art. 1, Rn. 87. Etwa i. S. d. „Freiheit, kultischen Handlungen eines nicht geteilten Glaubens fernzubleiben“, BVerfGE 93, 1 (15) – Kruzifix. Der Unterschied zum Sein liegt im (natürlichen) Willen der Nicht-Ausübung einer Handlung.

hang besonders deutlich: Nur wo die Einzelnen eine eigene Persönlichkeit haben, können sie diese auch nach außen hin entfalten.<sup>97</sup>

Der Schutz des inneren Bereichs hat mithin für alle Freiheitsgrundrechte eine zentrale Bedeutung. Denn der Schutz der äußeren Sphäre verkäme ohne den Schutz der inneren Sphäre zu einem formalistischen Schauspiel, einer leeren Hülle. *Faber* bringt dies treffend auf den Punkt: „Es gibt kein Grundrecht, das ohne – stillschweigende oder ausdrückliche – Anerkennung eines autonomen psychischen Zentrums einen Sinn haben könnte“<sup>98</sup>. Nur dort, wo das freie Wollen geschützt ist, spiegelt der dem Sein und Handeln zugesprochene Schutz das Menschenbild des Grundgesetzes wider: Das sich „in seiner Individualität selbst [B]egreif[en]“<sup>99</sup> ist nur dann schützenswert, wenn die Individualität selbst frei von äußeren Einflüssen ist.

Weiter gehend lässt sich sagen, dass die Freiheitsrechte des Grundgesetzes die Freiheit der inneren Sphäre axiomatisch voraussetzen.<sup>100</sup> Es besteht ein umfassender Schutzbedarf der inneren Sphäre als Basis der Grundrechtsausübung. Ergeben sich tatsächliche Bedrohungen für den inneren Bereich, hat das Grundgesetz diesen ebenso zu schützen, wie es den äußeren Bereich vor entsprechenden Bedrohungen schützt. Die Freiheitsrechte müssen so in ihrer Gesamtheit die Selbstbestimmung des Menschen in seiner inneren wie äußeren Komponente schützen – die „Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und seinen Vollzug“<sup>101</sup>.

Dies fügt sich ein in die verfassungshistorische Entwicklung. Das augenscheinliche Schweigen des Verfassungsgebers zum Schutz der inneren Sphäre ist nicht als Absage an ihren Schutz auszulegen. Vielmehr hat der Verfassungsgeber das Grundgesetz mit dem Anspruch formuliert, neuartige Bedrohungen für die Einzelnen entgegenzutreten. Die Nichtaufnahme der „Freiheit der Überzeugung“ des Herrenchiemseer Entwurfs (Art. 6 Abs. 1 HChE) in das Grundgesetz (Art. 4 GG) gründete denn nicht in einer normativen Erwägung, sondern alleine in der Vorstellung, dass die innere Sphäre rein tatsächlich unantastbar ist.<sup>102</sup> Die Unantastbarkeit der inneren Sphäre hat sich gleichwohl als Fehlvorstellung erwiesen. Deswegen muss sich der Leitgedanke des Grundgesetzes durchsetzen, dass die Menschen vor neuartigen Bedrohungen zu schützen sind.

<sup>97</sup> *Britz*, Freie Entfaltung, 2007, S. 1: „grundrechtliche Bezugnahme auf die Innenseite des Menschen“.

<sup>98</sup> *Faber*, Innere Geistesfreiheit, 1968, S. 59; hierfür auch *Bublitz*, RW 2 (2011), 28 (62).

<sup>99</sup> BVerfGE 153, 182 (263, Rn. 210) – Suizidhilfe.

<sup>100</sup> Vgl. *Faber*, Innere Geistesfreiheit, 1968, S. 60, wonach die Freiheitsrechte „historisch [und] systematisch auf den Schutz des psychischen Zentrums ausgerichtet“ sind.

<sup>101</sup> *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 1, Rn. 183.

<sup>102</sup> *Faber*, Innere Geistesfreiheit, 1968, S. 48 f.

### 3. Zwischenergebnis

Die Abwehrrechte des Grundgesetzes stehen in der Tradition des Schutzes der äußeren Sphäre – des Handelns und Seins. Der Schutz der inneren Sphäre hingegen erscheint in einem bestenfalls diffusen Licht. Gleichwohl zeigt sich, dass ein Schutz der inneren Sphäre angesichts neuer Bedrohungen – die alte Gewissheit ins Wanken bringen – notwendig ist. Zentral ist dafür das Argument, dass allen Grundrechten – nicht nur der Glaubens- und Gewissens- sowie Meinungsfreiheit – die innere Sphäre als Grundstein der Freiheitsausübung innewohnt. Soll der Mensch des Grundgesetzes sich in seiner Individualität frei entfalten, muss das Grundgesetz die Voraussetzungen hierfür gegen staatliche Eingriffe schützen.

#### III. Rechtliche Verortung des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte

Nachdem geklärt ist, dass das Grundgesetz die innere Sphäre grundsätzlich schützt bzw. schützen muss, stellt sich die Frage, wo dieser Schutz – in Ermangelung eines entsprechenden expliziten Grundrechts<sup>103</sup> – zu verorten ist. In der bestehenden Forschung scheinen eine Reihe an Ansatzpunkten auf – die im Ergebnis jedoch allesamt nicht zu überzeugen vermögen (unten 1.). Vielmehr entpuppt sich der auf den ersten Blick einfachste Ansatz auch bei genauerem Hinsehen als der beste (unten 2.).

##### 1. Verortung in einem speziellen Grundrecht?

Vorhandene Ansätze gehen dahin, den Schutz der inneren Sphäre alleine in einem einzelnen Grundrecht anzusiedeln. Leitend wäre die Vorstellung des einheitlichen Inneren, das unteilbar und somit nur durch eine einzige Verbürgung zu schützen ist. Die äußere Freiheit kann hiernach verschiedene Formen annehmen, etwa die des Versammelns, Sprechens, Betens oder Reitens. Die Verschiedenartigkeit der äußeren Sphäre spiegelte sich im Schutz spezifischer Freiheitsgrundrechte. Die innere Autonomie hingegen hätte stets dieselbe Form, namentlich des Denkens und Entscheidens. Vier Ansatzpunkte für eine solche Konzeption stehen zur Diskussion.

---

<sup>103</sup> Vgl. daneben die scheinbar klare Formulierung in Art. 3 Abs. 1 GRCh, wonach ein „Recht auf [...] geistige Unversehrtheit“ gewährt ist; vgl. hierzu *Heselhaus*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), FK zu EUV, GRC und AEUV, 2017, Art. 3 GRC, Rn. 14; *Borowski*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), ChGR EU, 2019, Art. 3, Rn. 33 ff. Wobei jeweils deutlich wird, dass die Konturen dieses Rechts unklar sind. I. E. ist wohl auch Art. 3 Abs. 1 GRCh nicht geeignet, einen einheitlichen und umfassenden Innenbereichsschutz zu gewähren. Vielmehr ist auch jedes Grundrecht der Grundrechte Charta *sedes materiae* des speziellen Innenbereichsschutzes (s. hierzu im Kontext der Grundrechte des Grundgesetzes unten § 2 B. III. 2.).

a) *In der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)?*

Goos vertritt – in einer stark (ideen-)geschichtlich geprägten Arbeit – eine Verortung der „inneren Freiheit“<sup>104</sup> (alleine) in der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>105</sup> Würde und innere Freiheit seien hiernach synonym zu verstehen. Diesen Bezug stellen andere ebenfalls her, wenn auch weniger scharf. So geht Herzog davon aus, dass die in Art. 4 Abs. 1 GG geschützte „Denkfreiheit“ *lex specialis* zu Art. 1 GG<sup>106</sup> ist und man insoweit „die von Art. 1 verbürgte Autonomie des Individuums nicht denken [kann], ohne die Bedeutung der umfassenden Gedankenfreiheit anzuerkennen“<sup>107</sup>.

Doch erwächst ein zentrales Problem daraus, den Schutz der inneren Sphäre alleine in Art. 1 Abs. 1 GG zu verorten. Entweder schützt Art. 1 Abs. 1 GG den gesamten inneren Bereich. Um die Unantastbarkeit- bzw. Nichtrelativierungsdoktrin zu wahren, ist es dann jedoch erforderlich, bei möglichen Eingriffen wesentliche Abstriche zu machen.<sup>108</sup> Oder die im Ergebnis notwendige Begrenzung des Schutzes setzt bereits bei dem Schutzbereich selbst an und beschränkt diesen auf herausragend wichtige innere Fragen und Vorgänge. In beiden Fällen eröffnet dies ein Exklusivitätsproblem: Nur einige wenige innere Vorgänge wären grundrechtlich geschützt.

Der Schutz des inneren Bereichs bliebe so entscheidend hinter dem des äußeren Bereichs zurück, der vermittels der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG<sup>109</sup>) unbegrenzt geschützt ist.<sup>110</sup> Die erhebliche Beschränkung des Schutzes würde der Bedeutung innerer Vorgänge als Grundlage äußeren Handelns nicht gerecht. Ein derartiges Auseinanderfallen der Schutzgehalte des inneren und äußeren Bereichs führte zu einem systemischen Bruch. Nicht alle inneren Vorgänge, auf die sich äußeres Handeln gründet, genössen grundrechtlichen Schutz. Der Ansatz kann deshalb nicht überzeugen. Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass die Menschenwürde nicht *auch* eine innere Komponente hat – im Gegenteil.<sup>111</sup> Den Schutz *nur* hierauf zu stützen, griffe gleichwohl zu kurz.

<sup>104</sup> Goos, *Innere Freiheit*, 2011, S. 139 ff.

<sup>105</sup> Die Frage, ob die Menschenwürdegarantie ein Grundrecht darstellt, soll hier nicht weiter erörtert werden, ist aber zu bejahen; vgl. grds. BVerfGE 61, 126 (137) – Erzwingungshaft, sowie aus der Literatur Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 55. Erg.-Lfg. (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1, Rn. 29; a. A. Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Art. 1 Abs. 1, Rn. 44: zwar Rechtsnorm bzw. Norm des objektiven Verfassungsrechts, zugleich aber Grundsatz, nicht Grundrecht, *ebd.*, Rn. 125.

<sup>106</sup> Bzw. auch zur allgemeinen Handlungsfreiheit, das Verhältnis bleibt unklar; Herzog, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 27. Erg.-Lfg. (1988, Voraufgabe), Art. 4, Rn. 15.

<sup>107</sup> Herzog, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 27. Erg.-Lfg. (1988, Voraufgabe), Art. 4, Rn. 11.

<sup>108</sup> In diese Richtung Britz, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 26.

<sup>109</sup> S. die st. Rspr. seit BVerfGE 6, 32 (36 f.) – Elfes, sowie BVerfGE 80, 137 (152 ff.) – Reiten im Walde; vgl. Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Art. 2 Abs. 1, Rn. 26 ff.

<sup>110</sup> Zu etwaigen Grenzen s. unten § 4 A. I.

<sup>111</sup> S. hierzu unten § 2 D. III. 1.

b) Im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)?

In eine ähnliche konzeptionelle Richtung gehen Ansätze, die den Schutz der inneren Sphäre im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) verorten wollen. Zugrunde liegt entweder der Vorschlag, das allgemeine Persönlichkeitsrecht um einen Aspekt des Innenschutzes zu ergänzen<sup>112</sup> oder dieses in Abgrenzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit als *allein* innengerichtete Grundrechtsverbürgung auszulegen<sup>113, 114</sup>.

Die schutzzweckspezifische „Entwicklungsoffenheit“<sup>115</sup> des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mag auf den ersten Blick nahe legen, es als Auffanggrundrecht auch (bzw. alleine) für die (neu entdeckten) Bedrohungen der inneren Sphäre heranzuziehen.<sup>116</sup> Denn es soll dort Lücken füllen, wo die „traditionellen konkreten Freiheitsgarantien“<sup>117</sup> nicht ausreichend in der Lage sind, die „engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen“<sup>118</sup> zu gewährleisten. Notwendig ist ein Lückenschutz gerade dort, wo die benannten Freiheitsrechte aufgrund moderner Entwicklungen den hiermit verbundenen neuen Gefahren für den Schutz der menschlichen Persönlichkeit nicht genügen.<sup>119</sup> Insofern steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht in einer Reihe mit den speziellen (benannten) Freiheitsrechten der Gewissens- und Meinungsfreiheit, welche „ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützen“<sup>120</sup>.

<sup>112</sup> *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 110 ff.: Schutz der „Einstellungsfreiheit“ jdfls. „jenseits der von Artikel 4 GG garantierten Inhalte“; *Krefßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 226 f.: Schutz der „Willensbildungsvorgänge“. In diese Richtung auch *Janda*, JZ 2012, 932 (937): „Die Verletzung der freien Willensbildung wird allein durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt“. *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 39. Erg.-Lfg. (Jul 2001), Art. 2 Abs. 1, Rn. 150: Schutz eines „physische[n] Innenbereich[s]“, den er gleichwohl nicht weiter konkretisiert.

<sup>113</sup> Vgl. *Kolbe*, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 191: Schutz des „innere[n] – in der Regel eher statusbezogene[n] – konstituierende[n] Element[s] der Persönlichkeitsentfaltung“; in diese Richtung auch *Cornils*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR VII, 2009, § 168, Rn. 29.

<sup>114</sup> I. E. auch *Böker*, Nudge, 2021, S. 108, jd. nur für nach seiner Konzeption autonome Entscheidungen; ansonsten greife die allgemeine Handlungsfreiheit. In eine ähnliche Richtung der Ansatz aus der U. S.-amerikanischen Rechtswissenschaft, „privacy“ auch als „decisional privacy“ verstehen zu wollen; vgl. *Day/Stemler*, Alab. L. Rev. 72 (2020), 1 (17 ff.); anders *Solove*, U. Pen. L. Rev. 154 (2006), 477 (553 ff.), dessen Konzept der „Decisional Interference“ nicht die innere Sphäre schützt, sondern eher einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gleichkommt.

<sup>115</sup> BVerfGE 54, 148 (153 f.) – Eppler; BVerfGE 79, 256 (268) – Kenntnis der Abstammung.

<sup>116</sup> Insofern geht *Krefßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 226, davon aus, das allgemeine Persönlichkeitsrecht wäre der richtige Ort, um Entscheidungen über gesundheitlichen Lebenswandel ob ihrer besonderen Bedeutung zu verorten.

<sup>117</sup> BVerfGE 54, 148 (153) – Eppler.

<sup>118</sup> BVerfGE 54, 148 (153) – Eppler.

<sup>119</sup> BVerfGE 54, 148 (153) – Eppler.

<sup>120</sup> BVerfGE 54, 148 (153) – Eppler.

Der Lückenschutzansatz führt gleichwohl nicht dazu, dass die innere Sphäre spezifisch über das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu schützen wäre. Denn dies bedeutete im Umkehrschluss, dass der Schutz bei inneren Vorgängen nicht gelten würde, die nicht entsprechend persönlichkeitsrelevant sind. Insofern schützt diese Ansicht nicht die innere Autonomie an sich als besonders persönlichkeitsrelevant, sondern beschränkt den Schutz auf persönlichkeitsrelevante Bereiche der inneren Autonomie – das bei dem Schutz im Rahmen der Menschenwürde bestehende Exklusivitätsproblem tritt auch hier auf.<sup>121</sup>

Das Exklusivitätsproblem ließe sich alleine derart auflösen, dass man den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf den Innenbereich beschränkt.<sup>122</sup> Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützte dann alle inneren Vorgänge. Der gesamte bisher unter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützte äußere Bereich würde in die allgemeine Handlungsfreiheit (zurück-) verschoben. Besondere Wertigkeiten von über die allgemeine Handlungsfreiheit geschützten äußeren wie von über das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten inneren Vorgängen würden erst auf der Rechtfertigungsebene berücksichtigt. So sauber strukturiert dieser Ansatz scheint, bräche er doch mit der allgemeinen Dogmatik des Grundgesetzes, die Wertigkeit von Freiheitsausübung bereits im Schutzbereich zu differenzieren – es käme mithin zu einem Abgrenzungsproblem.<sup>123</sup> Zudem macht die Rechtsprechung des BVerfG deutlich, dass die von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfassten Vorgänge nicht allein innerer Natur sind.<sup>124</sup> Jedenfalls die Entscheidungen des BVerfG zu Fragen der Selbstbewahrung und -darstellung, aber auch zur sexuellen und informationellen Selbstbestimmung<sup>125</sup>, spielen sich in der klassisch äußeren Sphäre ab.<sup>126</sup> Diese hergebrachte Grundrechtsdogmatik würde – ohne Not – aufgegeben.

Den Schutz der inneren Autonomie im allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu verorten, überzeugt hiernach nicht. Denn dann schützte das Grundgesetz nur

<sup>121</sup> *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 226: „persönliche Entscheidungen“ über gesundheitsrelevante Verhaltensweisen als „wesentliche Bereiche der persönlichen Lebensführung“.

<sup>122</sup> Wie von *Kolbe*, *Staatliche Gesundheitssteuerung*, 2017, S. 191, und grds. auch *Britz*, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 25 ff., vorgeschlagen; anders *Lüdemann*, *Edukativerisches Staatshandeln*, 2004, S. 110 ff., *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 226 f.; s. oben § 2 III. 1. b).

<sup>123</sup> Auf eine Art erkennt *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 227, dies selbst an, wenn er davon ausgeht, dass mit der Anknüpfung an das allgemeine Persönlichkeitsrecht gerade keine „Begründung eines pauschal stärkeren Grundrechtsschutzes und höherer Eingriffsresistenz“ verbunden sein soll – etwas, das der Systematik des allgemeinen Persönlichkeitsrechts widerspricht.

<sup>124</sup> Insofern jedenfalls wenig klar, wenn *Horn*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR VII*, 2009, § 149, Rn. 27, alleine von dem Schutz „innerer Entfaltung“ spricht.

<sup>125</sup> Vgl. den Überblick bei *Martini*, *JA* 2009, 839 (840 ff.).

<sup>126</sup> Dies etwa übergeht *Kolbe*, *Staatliche Gesundheitssteuerung*, 2017, S. 190, wenn sie davon spricht, dass die „verschiedenen Ausformungen“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wieder „Konkretisierungen jenes Schutzgehaltes innerer Entfaltungsfreiheit“ sind.

besonders persönlichkeitsrelevante innere Vorgänge. Ebenso wenig verfährt der Ansatz, das allgemeine Persönlichkeitsrecht alleine auf die innere Sphäre anzuwenden. Eine solche Konstruktion würde gegen den Ansatz des Grundgesetzes verstoßen, Wertigkeit von Freiheitsausübung im Schutzbereich auszudrücken.

c) *In der freien Entfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG)?*

Der Schutz der inneren Sphäre ließe sich bei Art. 2 Abs. 1 GG („von Art. 1 I GG abgekoppelt“<sup>127</sup>) andocken. *Britz* spricht insofern von der „innere[n] Dimension der Entfaltungsfreiheit“<sup>128, 129</sup>. Diese Ansicht vermag jedenfalls das Exklusivitätsproblem zu lösen, da so alle inneren Vorgänge geschützt würden. Sie kann gleichwohl nicht überzeugen. Bereits terminologisch bezieht sich das Wort „Entfaltung“ auf die Außenwelt.<sup>130</sup> Die Schrankentrias des zweiten Halbsatzes unterstreicht den Außenweltbezug des Schutzes der Entfaltungsfreiheit.<sup>131</sup>

Entscheidend ist zudem die Kehrseite des Problems, das ein Schutz der inneren Sphäre über das allgemeine Persönlichkeitsrecht hervorrufen würde: Lässt der Schutz über das (durch Art. 1 Abs. 1 GG verstärkte) allgemeine Persönlichkeitsrecht die innere Sphäre in nicht persönlichkeitsrelevanten Bereichen außen vor, kann der Schutz über Art. 2 Abs. 1 GG (ohne Art. 1 Abs. 1 GG) nicht mit Blick auf die Wertigkeit der (äußeren) Grundrechtssphären differenzieren, die der innere Prozess betrifft. Das Abgrenzungsproblem bestünde mithin auch hier. Zudem erscheint es teleologisch widersinnig, das Innere generell unter die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG zu stellen.<sup>132</sup> Es hieße, einen höchst grundrechtssensiblen Bereich gleichfalls dem weitestgehenden Schrankenvorbehalt des gesamten Grundrechtskatalogs zu unterwerfen.

d) *In einheitlichem, neuem Grundrecht?*

Schließlich finden sich Stimmen, die ein spezifisches, neues Grundrecht für den Schutz der inneren Sphäre proklamieren.<sup>133</sup> So konstruiert *Faber* ein Grund-

<sup>127</sup> *Britz*, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 25.

<sup>128</sup> *Britz*, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 25 ff.

<sup>129</sup> Vgl. in diese Richtung auch *Ramm*, *Freiheit der Willensbildung*, 1960, S. 21: „Freiheit des Denkens, Fühlens, Wollens und Sichentschließens“.

<sup>130</sup> A. A. *Britz*, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 16 ff., die von „Doppeldeutigkeit“ und „mehrdeutig“ spricht. Wobei dann der Ansatz etwas gezwungen erscheint, Entfaltung als „Erzeugung“ bzw. als „konstituierender Vorgang“ zu lesen. Denn der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 GG setzt das zu Entfaltende bereits voraus, namentlich die Persönlichkeit. Die Einzelnen entfalten diese – sie „schöpf[en]“, *ebd.*, S. 19, oder entwickeln sie nicht. Die Vorstellung der Konstituierung der Persönlichkeit bzw. der Selbst-Wahl ist der „Entfaltung“ nach Art. 2 Abs. 1 GG vielmehr vorgelagert. Sie ist insoweit auch hier mitumfasst als innerer Vorgang der Entfaltung; s. unten § 2 B. III. 2. a).

<sup>131</sup> Dies anerkennend wohl auch *Britz*, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 20.

<sup>132</sup> Vgl. *Faber*, *Innere Geistesfreiheit*, 1968, S. 36, der kritisiert, man müsse „die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG in das Gebiet der Gedankenfreiheit verschleppen“.

<sup>133</sup> *Möller*, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, 2005, S. 95 ff., hingegen konstruiert ein

recht auf „Innere Geistesfreiheit“ im Sinne eines „ungeschriebene[n] Grundrecht[s] auf – innere – Denkfreiheit“<sup>134</sup>. Ähnlich argumentieren Ansätze, die ein „Grundrecht auf Mentale Selbstbestimmung“<sup>135</sup> bzw. ein „Right to Mental Self-Determination“<sup>136</sup> oder auch „Cognitive Liberty“<sup>137</sup> vorschlagen.<sup>138</sup> All diese Ansätze drücken aus, dass die Grundrechte jedenfalls in ihrer aktuellen Auslegung innere Vorgänge nicht (generell und ausreichend) schützen. Doch wählen sie i. E. einen Weg, der nicht überzeugt. Wenn vorhandene Grundrechte – wie folgend gezeigt wird – den Schutz der inneren Sphäre hinreichend erfassen können, besteht kein Bedarf, ein eigenes Grundrecht aus der Taufe zu heben. Zudem kann ein einzelnes, neues Grundrecht das Abgrenzungsproblem nicht auflösen, da es für alle inneren Vorgänge ein einheitliches Schutzniveau vorsehen würde.

## 2. Schutz durch jedes (Freiheits-)Grundrecht

Vorhandene Ansätze, die innere Sphäre in einer spezifischen Grundrechtsverbürgung zu schützen, können nicht überzeugen. Dies ruft eine simpel anmutende Frage auf den Plan: Gewähren nicht alle Freiheitsgrundrechte (auch) einen Innenbereichsschutz?

### a) Die Innendimension der (Freiheits-)Grundrechte

Entscheidend dafür, die innere Sphäre *durch jedes* Freiheitsgrundrecht als mitgeschützt anzusehen, ist eine eingangs aufgestellte Überlegung: Wenn innere Autonomie die Voraussetzung für die Ausübung der Freiheitsgrundrechte ist, dann muss jedes Freiheitsgrundrecht diese für seinen Bereich mitschüt-

---

aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitetes „Grundrecht gegen Paternalismus“ als einheitliche Schutzdimension. Möller geht dabei in der Sache aber in eine andere Richtung als die hier in Frage stehenden Herausforderungen. Denn Paternalismus beschreibt einen Zweck, der mit verschiedenen Mitteln erreicht werden kann (s. oben § 1 B. II.). Die Entscheidungslenkung durch das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten hingegen beschreibt ein Mittel, das unterschiedlichen (auch paternalistischen) Zwecken dienen kann (s. oben § 1 B. II. 2.).

<sup>134</sup> Faber, Innere Geistesfreiheit, 1968, S. 60.

<sup>135</sup> Bublitz, RW 2 (2011), 28 (63 ff.).

<sup>136</sup> Bublitz, in: Hildt/Franke (Hrsg.), Cognitive Enhancement, 2013, S. 233, 241 ff.; Bublitz/Merkel, Crim. L. & Phil. 8 (2014), 51 (60 ff.).

<sup>137</sup> Das Konzept findet hauptsächlich im Zusammenhang mit physischer/chemischer Einwirkung auf das Gehirn bzw. technischer Interaktion mit dem Gehirn Verwendung. Dabei wird grds. ein Recht auf Nutzung und ein Recht auf Abwehr erfasst; vgl. etwa *Sommaggio/Maz-zocca*, in: D'Aloia/Errigo (Hrsg.), Neuroscience and Law, 2020, S. 95, 100 ff.; *Ienca/Andorno*, Life Sci. Soc. Policy 13 (2017), Nr. 5, 1 (10 ff.); eine frühe Auseinandersetzung bei *Sententia*, Ann. N.Y. Acad. Sci. 2004, 221 (222 ff.); *Weil*, The Natural Mind, 1998, S. 140. Hiergegen etwa *Malgieri/Comandé*, Int. Data Priv. L. 7 (2017), 243 (253).

<sup>138</sup> Noch weiter gehend *Ienca/Andorno*, Life Sci. Soc. Policy 13 (2017), Nr. 5, 1 (11 ff.), die „the right to mental privacy, the right to mental integrity and the right to psychological continuity“ postulieren.

zen.<sup>139</sup> Die Entscheidung, eine Meinung zu haben und zu äußern ist dann über die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG), die Entscheidung sich zu versammeln über die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG), die Entscheidung für einen Produktkauf über die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), die Entscheidung Daten preiszugeben über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), die Entscheidung über die (postmortale) Organspende über das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und die Entscheidung für den Suizid über das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) geschützt.

Dieser Befund verstärkt sich, wenn man davon ausgeht, dass jedes Handeln nach außen auf das Innere zurückwirkt<sup>140</sup> – dies wiederum gerade in den einschlägigen grundrechtlichen Bereichen: Die Teilnahme an einer Religionsausübung kann den eigenen Glauben beeinflussen, der ausgeübte Beruf entwickelt berufliche Ziele weiter etc. Dies spricht dagegen, das Innere von dem Äußeren abzuspalten und alleine bei einem Grundrecht zu verorten.

Zudem legt die oben entwickelte Einordnung der Lenkungsarten nahe, jedem Grundrecht (s-)einen inneren Bereich zuzuordnen. Jedenfalls Zwang/Umweltveränderung und Anreiz/Normbefehl greifen unstrittig in das jeweils thematisch einschlägige Grundrecht ein.<sup>141</sup> Hiervon Einwirkungen abzugrenzen, die alleine auf den Innenbereich zielen, und die Einzelnen vor diesen über ein einzelnes Grundrecht zu schützen, spaltete den Grundrechtsschutz künstlich auf.

Schließlich löst ein Schutz der inneren Sphäre über das thematisch jeweils einschlägige Grundrecht das Abgrenzungsproblem. Der Ansatz vermittelt, dass innere Prozesse je nach thematischem Kontext unterschiedlich schutzwürdig sind.<sup>142</sup> Die unterschiedlichen Schutzanforderungen der inneren Sphäre ergeben sich dabei unmittelbar aus der Bedeutung der äußeren Dimension des sachlich einschlägigen Grundrechts.<sup>143</sup> Die Entscheidung über die Geschmacksorte eines Speiseeises ist eben nicht vergleichbar mit der Entscheidung über die Bereitschaft zur Organspende oder den Suizid. Insofern spricht bereits ein

<sup>139</sup> S. oben § 2 B. II. 2. b). Einen Spiegel findet dieser Ansatz in den Überlegungen zur Verankerung einer anderen Querschnittsmaterie: der Vertragsfreiheit; vgl. *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 55 f., S. 55 f. Diese ist sachbereichsspezifisch garantiert und nicht nur subsidiär über die allgemeine Handlungsfreiheit geschützt; vgl. BVerfGE 8, 274 (328) – Preisgesetz, ebenso zuletzt BVerfGE 74, 129 (152) – Widerruf von Leistungen; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR VII*, 2009, § 150, Rn. 57 ff.

<sup>140</sup> *Britz*, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 21 f., zur „Wechselbezüglichkeit“; s. auch *Tobisch*, *Dispositives Recht*, 2021, S. 235.

<sup>141</sup> Für die Strafandrohung (imperative Maßnahme) ist dies völlig selbstverständlich. Vgl. zu Anreizen *Murswiek*, DVBl 1997, 1021 (1022). S. auch *Baer*, *Steuerung durch Nudging*, 2023, S. 182. S. hierzu auch unten § 2 C. II. 1.

<sup>142</sup> *Anders Faber*, *Innere Geistesfreiheit*, 1968, S. 60: „bei den einzelnen Freiheitsrechten wegen deren Spezialitäten in Tatbeständen und Schranken abzulehnen“.

<sup>143</sup> Vgl. *Lüdemann*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), *StREU III*, 2022, § 65, Rn. 27, zur Zuordnung als Festlegung des Schutzniveaus.

Vergleich mit der Außendimension für die Verschiedenwertigkeit der inneren Sphäre im Kontext verschiedener Grundrechte. Denn für die Außendimension etabliert das Grundgesetz ein ausdifferenziertes Schutzbereichssystem. Deren Grundlage ist gerade der innere Willensbildungsprozess, auf den sich eine äußere Tätigkeit gründet. Das Denken bzw. Haben von Einstellungen/Werturteilen („inneres Sein“) und das darauf bezogene Handeln bzw. (äußere) Sein sind zwei Seiten einer Medaille. Der Schutz aller inneren Prozesse über ein Grundrecht übergeht dies: Er impliziert, dass die Außendimension der Grundrechte verschiedenwertig, die Innendimension – mithin alle inneren Entscheidungsprozesse und Präferenzbildungen – jedoch gleichwertig ist.

Sind innere Vorgänge je nach thematischem Bezug unterschiedlich schutzwürdig, macht es konstruktiv keinen Sinn, diese Abstufung erst im Rahmen der Angemessenheit zu berücksichtigen.<sup>144</sup> So vorzugehen mag zwar zu ähnlichen Ergebnissen führen. Es widerspricht aber der Dogmatik der Grundrechte im Außenbereich.<sup>145</sup> Es ist die Idee eines differenzierten Grundrechtskatalogs, bereits auf Schutzbereichsebene auszudrücken, dass verschiedene geschützte Freiheitsausübungen unterschiedliche Wertigkeiten haben. Hingegen ist es nicht die Aufgabe der Rechtfertigungsstufe, diese Differenzierung vorzunehmen. Vielmehr bestehen auf der Ebene der Rechtfertigung auch Voraussetzungen außerhalb der Verhältnismäßigkeit, die zwischen den einzelnen Grundrechten verschieden sind – wie etwa das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG).<sup>146</sup> Derartige Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen lassen sich nur berücksichtigen, wenn bereits im Rahmen des Schutzbereichs die thematische Zuordnung zum jeweils betroffenen Kontext der inneren Sphäre stattfindet. Die von *Lüdemann* angeführten „erhebliche[n] Abgrenzungsprobleme“<sup>147</sup> sind insofern weder unbekannt noch unlösbar. Wie sie für den Außenbereich bestehen, bestehen sie auch für den Innenbereich.

Die Freiheitsgrundrechte sind mithin nicht – wie *Faber* festhält – „in jedem einzelnen Fall [...] zu schmal“<sup>148</sup>, um die innere Sphäre zu schützen.<sup>149</sup> Vielmehr erlauben die Freiheitsgrundrechte ein *argumentum a fortiori*: Sie schützen die innere Sphäre notwendigerweise mit.

<sup>144</sup> So jd. *Krefner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 233 mit Fn. 1064.

<sup>145</sup> Vgl. zur Zuordnung etwa von „Äußerungen und Betätigungen solcher Anschauungen“ BVerfGE 124, 300 (338) – Wunsiedel.

<sup>146</sup> Vgl. zur Anwendbarkeit bei verschiedenen Grundrechten *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Art. 19 Abs. 1, Rn. 25 f.; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 52. Erg.-Lfg. (2008), Art. 19 Abs. 1, Rn. 53 ff.; jw. auch mit Kritik an der Judikatur des BVerfG. Dabei ist vorliegend wesentlich, dass das Zitiergebot für alle finalen Eingriffe gilt – nicht nur bei imperativen, vgl. *ebd.*, Rn. 57 f. Damit sind Eingriffe in die innere Sphäre zumeist erfasst, vgl. hierzu unten § 1 C. III. 2.

<sup>147</sup> *Lüdemann*, *Edukatatorisches Staatshandeln*, 2004, S. 111.

<sup>148</sup> *Faber*, *Innere Geistesfreiheit*, 1968, S. 41.

<sup>149</sup> *Goos*, *Innere Freiheit*, 2011, S. 142.

## b) Schutz „i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG“?

Folgt man dieser Ansicht, bleibt noch eine abschließende Frage zu beantworten: Zu klären ist, ob die innere Freiheit stets in Verbindung mit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt ist – es sich also um ein ‚In-Verbindung-mit-Grundrecht‘ handelt.<sup>150</sup> Eine solche Hinzuziehung der Menschenwürde führt – in der Rechtsprechung des BVerfG – zu einer „Schutzbereichsverstärkung“<sup>151</sup>. Jedenfalls die Stimmen, die einen engen Bezug der inneren Sphäre zur Menschenwürde sehen, müssten sich hierfür aussprechen.

Doch ist es nicht zwingend notwendig für den Innenbereichsschutz, das jeweils einschlägige Grundrecht ‚i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG‘ in Anschlag zu bringen. Die Grundrechte haben allesamt ihren Ursprung in der Menschenwürde und verfügen so selbst über einen unantastbaren Kern, der wiederum eine spezifische Ausprägung der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG darstellt.<sup>152</sup> Sie stehen zur Menschenwürde in einem „Fundierungsverhältnis“<sup>153</sup> und sind insofern allesamt gedanklich In-Verbindung-mit-Grundrechte. Die Mitzitierung des Art. 1 Abs. 1 GG bei dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergibt insofern auf den ersten Blick wenig Sinn.<sup>154</sup> Sie ist nur damit erklärbar, bei dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht hervorzuheben, dass es einen gewissen (eigenständigen und zugleich) besonders schutzwürdigen Bereich der allgemeinen Handlungsfreiheit abdeckt.<sup>155</sup> Bei dem Schutz der inneren Sphäre gibt es hierfür keinen Anlass.<sup>156</sup> Im Gegenteil würde die Mitzitierung dahindeuten, dass im Rahmen des jeweils einschlägigen Grundrechts nur gewisse innere Vorgänge geschützt wären – eine

<sup>150</sup> Insofern greift *Goos*, *Innere Freiheit*, 2011, S. 142, zu kurz, wenn er festhält, „Art. 1 Abs. 1 GG schützt die innere, Art. 2 Abs. 1 GG die äußere Freiheit des Menschen“. Denn es schützt eben nicht nur Art. 2 Abs. 1 GG die äußere Freiheit, sondern alle Grundrechten der Art. 2–19 GG. *Gooses* Verkürzung im Außenbereich zeigt so bereits, dass es sich auch im korrelierenden Innenschutz um eine unnötige Einengung handelt.

<sup>151</sup> Vgl. *Bäcker*, *AöR* 135 (2010), 78 (107), hierauf beziehend *Sandner*, *Verstärkungswirkungen*, 2019, S. 27 ff.; *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), *GG*, 39. Erg.-Lfg. (Jul 2001), Art. 2 Abs. 1, Rn. 130 ff., zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Kritisch hierzu *Spranger*, *NJW* 2002, 2074 (2075 f.).

<sup>152</sup> Grds. BVerfGE 80, 367 (373 f.) – *Tagebuch*, zur Intimsphäre – wonach beide Erwägungen aber nebeneinander zu stehen scheinen. Vgl. die Konstruktionsbeschreibung zur Privatsphäre bei *Horn*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR VII*, 2009, § 149, Rn. 75 ff.; s. auch *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), *GG*, 39. Erg.-Lfg. (Jul 2001), Art. 2 Abs. 1, Rn. 130.

<sup>153</sup> *Morlok*, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, 1993, S. 69.

<sup>154</sup> Kritisch auch *Britz*, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 25; *Hillgruber*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR IX*, 2011, § 200, Rn. 52.

<sup>155</sup> Vgl. *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), *GG*, 39. Erg.-Lfg. (Jul 2001), Art. 2 Abs. 1, Rn. 128; kritisch *Cornils*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR VII*, 2009, § 168, Rn. 32. Für ein einheitliches Grundrecht hingegen *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR VII*, 2009, § 148, Rn. 108.

<sup>156</sup> So i. E. wohl auch der Ansatz von *Morlok*, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, 1993, S. 69; vgl. auch *Britz*, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 26, die wahlweise vor Überhöhung des Grundrechts oder Relativierung der Menschenwürde warnt.

solche Exklusivität widerspräche jedoch dem konstituierenden Wert der inneren Sphäre.

### 3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich eine zentrale Erkenntnis festhalten: Alle (Freiheits-) Grundrechte schützen nicht nur den Außenbereich, sondern haben auch eine innere Dimension. *Sedes materiae* des Schutzes der inneren Sphäre ist das jeweilige Grundrecht selbst, auf dessen Ausübung sich der innere Prozess bezieht.<sup>157</sup> Die Grundrechtsstruktur gleicht so einer zweiseitigen Medaille – auf der einen Seite der Schutz äußerer Freiheit, auf der anderen Seite der Schutz innerer Autonomie.<sup>158</sup>

## IV. Inhalt und Umfang des Rechts

Dass die Freiheitsgrundrechte die innere Sphäre schützen, evoziert die Folgefrage, welche Schutzgegenstände hiervon *en détail* umfasst sind. Um den Schutz der inneren Sphäre genau beschreiben zu können, sind die geschützten Vorgänge abzugrenzen. Hierbei lassen sich die Erkenntnisse und Ansätze der verhaltensökonomischen Forschung<sup>159</sup> wie auch der autonomie-philosophischen Betrachtung<sup>160</sup> fruchtbar machen.

### 1. Präferenzautonomie: Recht auf Werte und Überzeugungen

Zentraler Fokuspunkt des sich selbst bestimmenden Menschen unter dem Grundgesetz sind die Werte und Überzeugungen, die eine jede und ein jeder ihren bzw. seinen Entscheidungen und Handlungen als Richtschnur zugrunde legt. Sie zu schützen ist integraler Bestandteil des axiomatischen Innenbereichsschutzes. Insofern ist nicht nur „die Persönlichkeit“ des Art. 2 Abs. 1 GG offen für eigene Zuschreibungen.<sup>161</sup> Vielmehr übt der Mensch alle Freiheitsgrundrechte auf Basis entsprechender Selbstzuschreibungen aus.<sup>162</sup> So ist das „Selbstver-

<sup>157</sup> Angelehnt an BVerfGE 88, 203 (251, 1. Ls.) – Schwangerschaftsabbruch II, gilt im Verhältnis zu Art. 1 GG: Der Autonomieschutz hat in Art. 1 Abs. 1 GG seinen *Grund*; das jeweils einschlägige Grundrecht bestimmt seinen *Gegenstand* und – von ihm her – sein *Maß* näher. Dort jd. zur Schutzpflicht.

<sup>158</sup> Diese Zweiseitigkeit andeutend *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 203, der von „zwei unterschiedlichen, jd. eng miteinander verbundenen Ebenen“ spricht.

<sup>159</sup> S. oben § 1 A. II. 2.

<sup>160</sup> S. oben § 1 B. II. 2.

<sup>161</sup> *Britz*, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 19, insoweit auch zur „Identitätsperspektive“ bzw. „Eigenperspektive des Betroffenen“.

<sup>162</sup> Proponent:innen eines Schutzes innerer Vorgänge über das allgemeine Persönlichkeitsrecht sprechen denn auch von dem Schutz der „Einstellungsfreiheit“, *Lüdemann*, *Edukatorisches Staatshandeln*, 2004, S. 111, bzw. dem „innere[n] – in der Regel eher statusbezogene[n] – konstituierende[n] Element der Persönlichkeitsentfaltung“, *Kolbe*, *Staatliche Gesundheitssteuer-*

ständnis<sup>163</sup> der Einzelnen nicht nur die Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sondern allen Sich-Nach-Außen-Darstellens.

Für die Einzelnen ist es von zentraler Bedeutung, ihre Werte und Überzeugungen autonom festzulegen. Dies unterstreicht die *Suizidhilfe*-Entscheidung des BVerfG. Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben ist gerade nicht auf „fremd-definierte Situationen“<sup>164</sup> beschränkt. Der Staat darf die Beweggründe der zur Selbsttötung Entschlossenen nicht „auf bestimmte Ursachen und Motive“<sup>165</sup> eingengen. Die Beweggründe derart zu bewerten hieße, die Einzelnen in einer Weise inhaltlich vorzubestimmen, „die dem Freiheitsgedanken des Grundgesetzes fremd ist“<sup>166</sup>. Diese Wertung lässt sich für die gesamte innere Sphäre verallgemeinern: Die Menschen sind frei, ihre eigenen Werte- und Überzeugungen festzulegen.<sup>167</sup>

Aus (verhaltens-)ökonomischer Perspektive entspricht dies einem Schutz der Präferenzautonomie.<sup>168</sup> Gerade unter den ‚dünnen Konzeptionen‘ der *Rational Choice Theory* ist es aus (verhaltens-)ökonomischem Blickwinkel notwendig, Präferenzautonomie zu schützen.<sup>169</sup> Denn nach dieser Theorie sind die Präferenzen nicht von vorneherein festgelegt, wie dies in Fällen der ‚dicken Konzeption‘ der Fall ist (also Eigennutzen-Maximierung oder Wohlstands-Maximierung als

---

rung, 2017, S. 191, sowie dem „Grundrechtliche[n] Schutz individueller Wertvorstellungen“, *ebd.*, S. 217f. Mit Blick auf Art. 4 GG hält *Morlock*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 4, Rn. 45, fest, dass der „verfassungsrechtliche Schutz der Integrität und Identität des einzelnen“ an den „Sinnentwürfen“ ansetzt, „welche für den einzelnen identitätskonstitutiv sind“.

<sup>163</sup> BVerfGE 54, 148 (156) – Eppler.

<sup>164</sup> BVerfGE 153, 182 (262 f., Rn. 210) – Suizidhilfe.

<sup>165</sup> BVerfGE 153, 182 (262 f., Rn. 210) – Suizidhilfe.

<sup>166</sup> BVerfGE 153, 182 (262 f., Rn. 210) – Suizidhilfe; dabei führt es mit Blick auf das Setzen der Maßstäbe aus, dass „der Wille des Grundrechtsträgers [maßgeblich ist], der sich einer Bewertung anhand allgemeiner Wertvorstellungen, religiöser Gebote, gesellschaftlicher Leitbilder für den Umgang mit Leben und Tod oder Überlegungen objektiver Vernünftigkeit entzieht“.

<sup>167</sup> BVerfGE 153, 182 (263, Rn. 210) – Suizidhilfe: Der Mensch ist frei, „seine Maßstäbe zu wählen“.

<sup>168</sup> Im Bereich der *Law and Economics*-Forschung hält *Martini*, Hoheitliche Verteilungslenkung, 2008, S. 229 mit Fn. 331, fest, dass „der Gedanke der Präferenzautonomie auch selbst Ausfluss des Freiheitsgedankens, namentlich des Gedankens der freien Entfaltung der Persönlichkeit“ ist.

<sup>169</sup> Gleichwohl sind die Präferenzen selbst – in ihrem konkreten Inhalt – sowohl aus der (verhaltens-)ökonomischen wie aus der Autonomieperspektive irrelevant. Sie sind keiner eigenen Bewertung zugänglich. Bedeutung erlangen sie alleine i. R. d. utilitaristischen Begründungsstrangs: Die Präferenzautonomie substantiiert dort, warum Dritte ihre Vorstellungen nicht an die der Einzelnen setzen und deren Präferenzen ignorieren dürfen. Insofern ist der Schutz von Präferenzen ein guter Ansatzpunkt, um Schutz vor hart-paternalistischen Maßnahmen zu gewähren. Dies erkennt wiederum das BVerfG, wenn es festhält, dass „keine ‚Vernunftthoheit‘ staatlicher Organe über den Grundrechtsträger dergestalt [anzuerkennen ist], dass dessen Wille allein deshalb beiseite gesetzt werden dürfe, weil er von durchschnittlichen Präferenzen abweicht oder aus der Außensicht unvernünftig erscheint“, BVerfGE 128, 282 (308) – Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug.

einziges Ziel).<sup>170</sup> Vielmehr setzen Akteur:innen selbst Präferenzen als Maßstab ihrer Nutzenfunktion.<sup>171</sup> Dies stützt die verfassungsrechtliche Wertung.

## 2. Prozessautonomie: Recht auf Entscheidungsfindung

Die (verhaltens-)ökonomische wie auch die philosophische Sicht zeigen, dass neben der Präferenzautonomie ein weiterer Punkt von zentraler Bedeutung ist: der *Prozess* der Entscheidungsfindung. Verhaltensökonomisch betrachtet liegt hier die entscheidende Stellschraube: Die Menschen begehen Urteils- und Entscheidungsfehler, wenn sie nach eigenen Präferenzen entscheiden – sie weichen von dem ökonomischen Rationalitätsmodell ab. Solche Rationalitätsdefizite wiederum sind die Grundlage dafür, die Einzelnen mithilfe von Nudges (i. e. S.) und Dark Patterns zu steuern.<sup>172</sup>

### a) Verfassungsrechtliche Herleitung

Das einfache Recht zeigt, dass der Gesetzgeber ein Schutzbedürfnis für den Entscheidungsprozess erkannt hat. Ihm sind dahingehende Sicherungsinstrumente nicht fremd. Der Schutz vor Täuschung (durch § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB wie auch § 263 StGB) zielt darauf, die „Willensbildung“<sup>173</sup> der Einzelnen zu schützen.<sup>174</sup> Das Gesetz sichert insofern die Freiheit der Einzelnen, anhand ihrer Werte und Ziele zu entscheiden. Es schirmt den Entscheidungsweg davon ab, dass andere ihn (durch unwahre Information) beeinflussen.

Doch ist die Bedeutung des Entscheidungsprozesses nicht auf den rechtsgeschäftlichen Bereich beschränkt. Im Gegenteil: Er ist von ebensolcher Wichtigkeit, wenn die Einzelnen ihre grundrechtlichen Freiheiten ausüben.<sup>175</sup> Der axiomatisch vorausgesetzte Innenbereichsschutz kann sich einzig dann umfassend verwirklichen, wenn die Einzelnen frei von äußeren Einflüssen nach selbst definierten Präferenzen entscheiden können.<sup>176</sup> Nur dann ist das nach

<sup>170</sup> *Korobkin/Ulen*, Cal. L. Rev. 88 (2000), 1051 (1064 ff.); s. hierzu oben Erster Teil, Fn. 10.

<sup>171</sup> *Korobkin/Ulen*, Cal. L. Rev. 88 (2000), 1051 (1064 ff.): „content of actor’s utility function“.

<sup>172</sup> S. oben § 1 A. III.

<sup>173</sup> *BGH*, NJW 2012, 296 (298, Rn. 28) – Heros II; Hervorheb. d. Verf. Vgl. *Wendtland*, in: *Hau/Poseck* (Hrsg.), BeckOK BGB, 2022, § 123, Rn. 1.

<sup>174</sup> Wobei § 263 StGB das Vermögen als Rechtsgut schützt, nicht die Wahrheit im Geschäftsverkehr; vgl. *Beukelmann*, in: *Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), BeckOK StGB, 2022, § 263, Rn. 1; anders *Wittig*, *Betrug*, 2005, S. 195.

<sup>175</sup> So schützt nach *Herzog*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 27. Erg.-Lfg. (1988, Voraufgabe), Art. 4, Rn. 130, das *forum internum* der Gewissensfreiheit den „Vorgang[...] der Gewissensentscheidung im Einzelfall“.

<sup>176</sup> Hier bleibt der grundrechtliche Schutz jd. nicht stehen: Wesentlich ist, dass die Einzelnen sich als selbstbestimmte Individuen auch (weiter-)entwickeln können. Insofern sind Werte und Überzeugungen nicht nur als solche geschützt, sondern auch ihre „Veränderung und Entwicklung“, *Morlock*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, 2013, Art. 4, Rn. 45. Es bestehen somit zwei

Außen vollzogene Handeln und Sein tatsächlicher Ausfluss des sich „in seiner Individualität selbst begreifen[den]“<sup>177</sup> Menschen. Insofern muss der grundrechtliche Schutz der inneren Sphäre den Schutz des Entscheidungsprozesses umfassen.<sup>178</sup> Das BVerfG hält insofern zutreffend fest, dass Selbstbestimmung verwirklicht ist, wenn eine Entscheidung „auf einen autonom gebildeten, freien Willen zurück[geht]“<sup>179</sup>.

Der Schutz des Entscheidungsprozesses geht Hand in Hand mit dem grundgesetzlichen Menschenbild. Zwar liegt dem Grundgesetz die ideelle Vorstellung eines vernunftbegabten, rationalen Menschen zugrunde. Doch ist dieses Menschenbild nicht normativ misszuverstehen.<sup>180</sup> Vielmehr ist das Menschenbild und -verständnis des Grundgesetzes darauf angelegt, den Menschen so zu akzeptieren und zu schützen, wie er ist.<sup>181</sup> Dieser Ansatz erstreckt sich als grundsätzliches Prinzip der Verfassung auf die äußere Sphäre, beansprucht aber ebenso für die innere Sphäre Gültigkeit. Insofern widerspricht es keinesfalls dem grundgesetzlichen Menschenbild, nicht voll-rationalen Entscheidungsprozessen grundrechtlichen Schutz angedeihen zu lassen. Im Gegenteil: Das Grundgesetz schützt den menschlichen Entscheidungsprozess so, wie es ihn vorfindet.

#### b) (Verhaltens-)ökonomische Einordnung

Es gilt noch einmal herauszustellen, worauf sich der Schutz des Entscheidungsprozesses genau bezieht. Denn die ökonomische wie philosophische Betrachtung hat eine entscheidende Weichenstellung aufgezeigt: Aus klassisch-ökonomischer Sicht sind nur rationale, effiziente Entscheidungsprozesse schutzwürdig. Die Rationalisierung nicht-rationaler Entscheidungsprozesse hingegen verspricht präferenzgerechtere Entscheidungen und damit einen Wohlfahrtsgewinn. Diese Wertung deckt sich mit dem Rechtfertigungsansatz des effizienten bzw. weichen Paternalismus.<sup>182</sup> So äußern sich gerade in der Nudging-Debatte Stimmen, die

---

Dimensionen mit Blick auf das Entscheiden: Das Entscheiden *nach* und das Entscheiden *über* Werte und Überzeugungen; vgl. *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 225. Vgl. *Mager*, in: Münch/Kunig/Kämmerer et al. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 4, Rn. 86 f.; gleichsam kritisch. S. auch *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 68. Erg.-Lfg. (Jan 2013), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 75 ff., zur Meinungsfreiheit: Diese umfasse das Recht, eine Meinung nicht nur „zu haben“, sondern sich auch eine Meinung „zu bilden“.

<sup>177</sup> BVerfGE 153, 182 (263, Rn. 210) – Suizidhilfe.

<sup>178</sup> Im Kontext der Grundrechte finden sich hingegen alleine einzelne Andeutungen, die auch den Entscheidungsprozess selbst in den Blick nehmen. So spricht *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 225 f., vergleichsweise offen vom „Schutz der freien Willensbildung“ sowie von „Willensbildungsvorgänge[n]“, *ebd.*, S. 222.

<sup>179</sup> BVerfGE 153, 182 (273, Rn. 240) – Suizidhilfe.

<sup>180</sup> S. oben § 2 B. I. 1. c).

<sup>181</sup> So i. E. auch *Bublitz*, RW 2 (2011), 28 (61), zu Art. 3 Abs. 1 GRCh: „Schutz des So-Seins, des psychischen Status-quo“.

<sup>182</sup> S. oben § 1 B. II. 2. a).

Autonomie alleine als Präferenzschutz verstehen.<sup>183</sup> Doch auch im juristischen Diskurs findet sich diese Hypothese. So geht *Schmolke* davon aus, dass, wer aufgrund „fehlender Einsichtsfähigkeit nicht fähig ist, seine grundrechtlich geschützten Interessen eigenverantwortlich zu verfolgen, [...] durch staatlichen Paternalismus in seiner Freiheit *nicht eingeschränkt*“<sup>184</sup> wird – eine solche Entscheidung könne sich nicht „auf grundrechtlichen Schutz berufen“<sup>185</sup>.

Das überzeugt nicht: Das Grundgesetz schlägt sich klar auf die Seite der autonomie-philosophisch konzipierten Prozessautonomie. Aus philosophischer Sicht liegt in unbeeinflussten Entscheidungsprozessen der wesentliche Kern des Authentizitätskriteriums und damit der Prozessautonomie. Der Grundrechtsschutz folgt nicht der ökonomischen Wertung – er ist nicht auf (möglichst) rationales Entscheiden bzw. Rationalität begrenzt. Aus grundrechtlicher Sicht steht der Schutz des Menschen in seinem vorgefundenen Sein im Zentrum der Verfassung. Das Grundgesetz sieht den Menschen nicht als optimierungsbedürftig an. Hiervon ist gerade hinsichtlich des individuellen Entscheidungsprozesses keine Ausnahme zu machen. Zwar mag es im Ergebnis so sein, dass in diesem Fall eine hart oder weich (rationalitätsfördernde) paternalistische Intervention gerechtfertigt ist.<sup>186</sup> Doch ändert eine mögliche Rechtfertigung nichts daran, dass solche nicht voll-rationalen Entscheidungen grundrechtlichen Schutz genießen.

Die Idee der Authentizität ist insofern aus grundrechtlicher Sicht unmittelbar anschlussfähig – anders als die kompetenzfokussierte Sicht auf Autonomie, die den Menschen an einem nicht erreichbaren Ideal misst. Damit zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen der ökonomischen und der rechtlichen Sichtweise: Das Grundgesetz schützt den Entscheidungsprozess so, wie er ist. Es schließt sich der ökonomischen Wertung gerade *nicht* an.

### 3. Zwischenergebnis: Schutz der Unbeeinflusstheit, nicht der Rationalität!

Damit lässt sich eine wesentliche Erkenntnis festhalten: Der (abwehrrechtliche) Schutzgegenstand<sup>187</sup> der inneren Sphäre zielt darauf, dass individuelle Entscheidungen unbeeinflusst zustande kommen. Der grundgesetzliche Schutz der inneren Sphäre drückt sich in dem Recht auf eigene Werte und Überzeugungen sowie auf freie Entscheidungsfindung aus.<sup>188</sup> Präferenz- und Prozessautonomie sind folglich als Schutzgegenstand abwehrrechtlich bewehrt.

<sup>183</sup> Vgl. *Alemanno/Sibony*, in: dies. (Hrsg.), *Nudge and Law*, 2015, S. 325, 329 f., die implizit davon ausgehen, dass der Entscheidungsprozess selbst nicht geschützt ist.

<sup>184</sup> *Schmolke*, *Selbstbindung im Privatrecht*, 2014, S. 63 f.; Hervorheb. d. Verf.

<sup>185</sup> *Schmolke*, *Selbstbindung im Privatrecht*, 2014, S. 64.

<sup>186</sup> So i. E. das BVerfG für den Fall, dass kein „freier Wille“, sondern alleine „natürlicher Wille“ vorliegt, BVerfGE 142, 313 (339 ff., Rn. 74 ff.) – Zwangsbehandlung.

<sup>187</sup> *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), *GG*, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 85.

<sup>188</sup> In diese Richtung *Britz*, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 22, 25, wonach Art. 2 Abs. 1 GG i. F. d.

Die Erkenntnis, dass der grundrechtliche Schutz die freie Entscheidungsfindung umfasst, bewirkt eine wesentliche Abgrenzung: Schutzgegenstand der inneren Dimension der Grundrechte ist die Unbeeinflussbarkeit des Entscheidungsprozesses, nicht seine Rationalität als solche. Die Freiheit, den bestehenden Innenraum zu nutzen, liegt bei jeder und jedem Einzelnen – in diesen Innenraum nicht einzudringen ist jedoch ein Gebot, dass der grundrechtsverpflichtete Staat berücksichtigen kann und muss.<sup>189</sup>

## V. Grenzen des Schutzes

Die bisherige Untersuchung zeichnet das Bild eines weit gezogenen Schutzzumfangs der inneren Sphäre, der jedem Grundrecht als eine zweite Seite einer Medaille innewohnt. Gleichwohl drängt sich bereits auf Schutzbereichsebene die Frage auf, ob dieser Schutz einzuschränken bzw. an gewisse Voraussetzungen zu knüpfen ist.

### 1. Extern: Einbettung und Gemeinschaftsbezogenheit

Der Prozess der Wert- und Überzeugungsbildung sowie der Entscheidung ist „vielschichtig“<sup>190</sup> und eingebettet in die Umwelt des Menschen, Teil derer der Staat als konstituierte Gemeinschaft ist. Insofern gehört es zum klassischen Repertoire des BVerfG, hervorzuheben, dass der Mensch in „Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit“<sup>191</sup> existiert. Gleichwohl kann diese Feststellung nicht die Grundlage dafür sein, die auf Schutzbereichsebene gewährten Freiheiten einzuschränken. Vielmehr gilt, dass das Grundgesetz dem Individuum Freiheitsrechte gerade als Schutz gegen eine potenziell übergreifende Gemeinschaft einräumt. So, wie die äußeren Freiheiten mithin nicht aufgrund der Gemeinschaftsgebundenheit bereits auf Schutzbereichsebene einzuschränken sind, gilt dies auch für die innere Seite.<sup>192</sup>

Dies bedeutet gleichwohl nicht, dass das „Individuum in seinen Selbstfindungsprozessen von äußeren Faktoren maximal abzuschirmen“<sup>193</sup> ist. Den grundrechtlichen Schutz – gerade gegenüber staatlichem Handeln – zu begrenzen, ist Aufgabe der weiteren grundrechtlichen Prüfungsschritte des Ein-

---

allgemeinen Persönlichkeitsrechts die „freie Bestimmung der eigenen Identität“ bzw. die „eigene Selbst-Wahl“ und die „auf einem gewählten Selbst gründende Selbstreflexivität“ schützt.

<sup>189</sup> Britz, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 31 f., scheint diesen Umstand im Wesentlichen zu übersehen, wenn sie vorrangig auf die Gefährdung durch Dritte abstellt und insoweit von einer „schmalen abwehrrechtlichen Dimension“ ausgeht.

<sup>190</sup> Im Kontext der Gewissensfreiheit Mager, in: Münch/Kunig/Kämmerer et al. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 4, Rn. 86 f.

<sup>191</sup> S. oben § 2 B. I. 1. b).

<sup>192</sup> Vgl. zu Schutzbereichsgrenzen auch unten § 4 A. I.

<sup>193</sup> Britz, *Freie Entfaltung*, 2007, S. 33.

griffs und der Rechtfertigung. Bereits den Schutz der – gleichwohl nur abstrakt bestehenden – Freiheit zu Selbstreflexion zu begrenzen, hieße, von dem grundgesetzlichen Ideal des freien Menschen Abstand zu nehmen.<sup>194</sup> Auf Schutzbereichsebene wird der aufklärerische Ruf ‚Die Gedanken sind frei!‘ zu einem normativen Grundwert.

## 2. Intern: Voraussetzungen der Schutzwürdigkeit

Menschliches Entscheiden wird dem *ideellen* Menschenbild des Grundgesetzes nicht immer gerecht. Vielmehr treffen Menschen aus vielzähligen Gründen Entscheidungen, die jedenfalls nicht dem Rationalitätsparadigma entsprechen.<sup>195</sup> Fraglich ist, ob und wann sich hieraus Einschränkungen des Schutzes solcher Entscheidungsprozesse ergeben – ob also nicht voll-rationale bzw. voll-autonome Entscheidungen einen geringeren Schutz genießen.<sup>196</sup>

### a) Notwendigkeit voller Autonomie/Rationalität?

Für den Schutz der inneren Sphäre ist nicht erforderlich, dass ein gewisser Grad an Autonomie größer Null vorliegt oder die Willensbildung gar voll-rationale stattfindet.<sup>197</sup> Dies leitet sich unmittelbar aus der Erkenntnis ab, dass das Grundgesetz die innere Freiheit so schützt, wie sie bei den Grundrechtsberechtigten tatsächlich vorhanden ist. Der Schutz setzt keine Entscheidung unter ‚voller Autonomie‘ oder eine „frei gebildete und autonome Entscheidung“<sup>198</sup> voraus.<sup>199</sup> Vielmehr ist die Unvollkommenheit selbst geschützt.<sup>200</sup> Das grundgesetzlich verbürgte Recht auf (Prozess-)Autonomie und das Ideal der Ausübung von Autonomie sind nicht deckungsgleich.<sup>201</sup> So zeigt gerade der Authentizitätsansatz, dass Autonomie bedeutet, selbst über die Kriterien der eigenen Entscheidungsfindung zu bestimmen.

Wären nur Entscheidungsprozesse geschützt, die einen gewissen Grad an Autonomie erreichen, könnte der Staat etwa auf die innere Sphäre Minderjähri-

<sup>194</sup> A. A. *Krefner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 228.

<sup>195</sup> So die grds. Erkenntnis der Verhaltensökonomie; s. oben § 1 A. II. 2.

<sup>196</sup> *Kolbe*, *Staatliche Gesundheitssteuerung*, 2017, S. 249, spricht – wohl vom *homo oeconomicus* ausgehend – von dem „Schutz defizitärer Entscheidungen“.

<sup>197</sup> *Krefner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 227, spricht von Differenzierung nach dem Bewusstseinsgrad.

<sup>198</sup> BVerfGE 153, 182 (270, Rn. 232) – Suizidhilfe.

<sup>199</sup> BVerfGE 128, 282 (301) – Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug, sowie BVerfGE 142, 313 (340, Rn. 76 f.) – Zwangsbehandlung; jd. jw. mit Blick auf Eingriffe in die äußere Sphäre. So hält *Hillgruber*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), *StREU IV*, 2022, § 100, Rn. 34, zu Recht fest, dass das, was „den Menschen zu einem besonders schützenswerten Wesen macht, [...] seit jeher weniger seine metaphysische Würdigkeit als vielmehr seine physische Hinfälligkeit und psychische Fragilität“ ist.

<sup>200</sup> In diese Richtung auch *Bublitz*, *RW* 2 (2011), 28 (67).

<sup>201</sup> *Kolbe*, *Staatliche Gesundheitssteuerung*, 2017, S. 250.

ger oder eben aller beschränkt-rationalen Entscheider:innen beliebig einwirken. Hier mag zwar die zurechnungsbegründende Autonomie aus philosophischer Warte zweifelhaft sein – Willenserklärungen von Kindern oder mental beeinträchtigten Menschen versagt § 104 BGB insofern konsequent die Anerkennung. Grundgesetzlich besteht jedoch auch in diesen Fällen der Schutz der inneren Sphäre – gleich etwa der „Freiheit zur Krankheit“ in der äußeren Sphäre.<sup>202</sup> Der Gedanke, dass eine nicht voll-rationale Entscheidung grundrechtlichen Schutz genießt, kommt in dem Beschluss des BVerfG zur *Lebendorganspende* zum Tragen. Das Gericht geht zu Recht davon aus, dass Maßnahmen zur Sicherung der „Freiwilligkeit“ der Entscheidung für die Lebendspende einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der potenziellen Spender:innen darstellen.<sup>203</sup> Im Umkehrschluss muss die innere Dimension der (hier einschlägigen) allgemeinen Handlungsfreiheit auch eine nicht-freiwillige Spendeentscheidung schützen.<sup>204</sup> Auf Schutzbereichsebene bestehen damit keine Anforderungen an die Willensbildung, um diese als schutzwürdig einzuordnen.<sup>205</sup>

### b) Voraussetzung innerer Autonomie: Natürlicher Wille

Der grundrechtliche Schutz der inneren Sphäre ist alleine dann nicht gegeben, wenn faktisch keine innere Autonomie vorhanden ist. An innerer Autonomie fehlt es, wenn der Mensch nicht in der Lage ist, irgendeinen eigenen Willen zu haben. In diesem Fall ist es tatsächlich ausgeschlossen, auf den Willen einzuwirken. Es genügt jedoch bereits, dass der Mensch zumindest in der Lage ist, einen „natürlichen Willen“<sup>206</sup> auszubilden.<sup>207</sup> Am natürlichen Willen fehlt es zum Beispiel, wenn der Mensch – um einen Extremfall zu benennen – hirntot ist oder zeitweilig aufgrund einer Narkose oder eines Komas keine Willensbildungsfähigkeit besitzt. Situationen ‚fehlender Einsichtsfähigkeit‘ alleine genügen hin-

<sup>202</sup> So hält BVerfGE 128, 282 (304) – Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug, fest, dass eine krankheitsbedingte Einsichtsunfähigkeit nichts daran ändert, dass alleine der entgegenstehende natürliche Wille genügt, damit eine Behandlung einen Grundrechtseingriff darstellt.

<sup>203</sup> BVerfG, NJW 1999, 3399 (3402) – Transplantationsgesetz.

<sup>204</sup> Damit ist nichts gesagt über die Rechtfertigung etwaiger Eingriffe in diesen Fällen; insbes. um den Rationalitätsgrad zu steigern. Nur dann steht die Frage des (weichen) Paternalismus im Raum, dessen Zulässigkeit zugleich gerade nicht im Fokus dieser Arbeit steht; hierzu etwa *Aaken*, in: *Aanderheiden/Bürkli/Heinig et al.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 109, 109 ff.; *Schmolke*, *Selbstbindung im Privatrecht*, 2014, S. 63 ff.; *Sandfuchs*, *Privatrecht wider Willen?*, 2015, S. 155 ff.; *Krefßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 339 ff.

<sup>205</sup> Anders mag dies für die Grundrechtsmündigkeit und damit für die Einschlägigkeit eines gewissen Einzelgrundrechts sein. Vgl. hierzu die Anforderung, dass Grundrechte nur „selbstbestimmte und selbstverantwortbare Entscheidungen des Grundrechtsträgers“ schützen und „Selbstbestimmung [...] Selbstbestimmungsfähigkeit voraus[setzt]“; *Merten*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *HdbGR III*, 2009, § 60, Rn. 19.

<sup>206</sup> Den Begriff verwendet § 1906a Abs. 1a BGB. Vgl. zu dem Konzept etwa *Neuner*, *AcP* 218 (2018), 1 (15).

<sup>207</sup> In diese Richtung wohl auch *Lindner/Huber*, *NJW* 2017, 6 (7).

gegen *nicht*, um einen natürlichen Willen auszuschließen – dies betrifft etwa Kinder. Ihre inneren Vorgänge sind schutzwürdig.<sup>208</sup>

Gleichwohl sind diejenigen, die zur Bildung eines natürlichen Willens nicht fähig sind, in dieser Situation nicht schutzlos gestellt. Sie genießen uneingeschränkt den Schutz der äußeren Sphäre. So kann eine Einwirkung, die von außen kommt, nach wie vor (verletzend) in die äußere Sphäre eingreifen. Entsprechend geht das BVerfG in seiner Entscheidung zur Zwangsbehandlung davon aus, dass diese zugleich in die innere Sphäre („Selbstbestimmungsrecht“ als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) und in die äußere Sphäre (körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) eingreift.<sup>209</sup>

c) *Teilweise anders: BVerfG zu Suizidhilfe?*

Unklar ist, ob das BVerfG in der *Suizidhilfe*-Entscheidung andere Vorstellungen des Schutzes der inneren Sphäre zugrunde legt. Das BVerfG scheint implizit anzuerkennen, dass die Grundrechte die Präferenzautonomie schützen: Der Mensch ist hiernach frei, „seine Maßstäbe zu wählen“<sup>210</sup>. Weniger eindeutig ist, inwieweit das BVerfG den Entscheidungsprozess als geschützt anerkennt. Grundsätzlich hält das BVerfG fest, dass der Mensch „frei ist, [...] nach [seinen Maßstäben] zu entscheiden“<sup>211</sup>. Gleichwohl führt es aus, dass (nur) eine „auf einen freien Willen zurückgehende Selbsttötung“<sup>212</sup> der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) entspricht.<sup>213</sup> Anders gewendet: Der „vom Grundgesetz geforderte Respekt vor der autonomen Selbstbestimmung des Einzelnen [setzt] eine *frei gebildete und autonome Entscheidung voraus*“<sup>214</sup>. An das Vorliegen eines freien Willens wiederum knüpft das BVerfG hohe Anforderungen. Hiernach geht ein Suizidentschluss „auf einen autonom gebildeten, freien Willen“<sup>215</sup> zurück, wenn die Einzelnen ihre Entscheidung auf der Grundlage einer „realitätsbezogenen, am eigenen Selbstbild ausgerichteten Abwägung des Für und Wider“<sup>216</sup> treffen. Insofern formuliert das BVerfG scheinbar entscheidende Vorbehalte gegenüber einem umfassenden Schutz der Prozessautonomie.

<sup>208</sup> A. A. wohl *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 63 f., jd. mit Blick auf Paternalismus.

<sup>209</sup> BVerfGE 142, 313 (339 f., Rn. 74 ff.) – Zwangsbehandlung.

<sup>210</sup> BVerfGE 153, 182 (263, Rn. 210) – Suizidhilfe; Hervorheb. d. Verf.

<sup>211</sup> BVerfGE 153, 182 (263, Rn. 210) – Suizidhilfe; Hervorheb. d. Verf.

<sup>212</sup> BVerfGE 153, 182 (264, Rn. 211) – Suizidhilfe.

<sup>213</sup> Ähnliche Ansätze hatte das BVerfG bereits in der Entscheidung zur Testierfreiheit anklängen lassen. Hiernach schütze die Testierfreiheit „nur selbstbestimmte und selbstverantwortete“, BVerfGE 99, 341 (351) – Testierfreiheit, letztwillige Erklärungen. Insofern formuliert das BVerfG scheinbar entscheidende Vorbehalte gegenüber einer umfassenden Prozessautonomie.

<sup>214</sup> BVerfGE 153, 182 (270, Rn. 232) – Suizidhilfe; Hervorheb. d. Verf.

<sup>215</sup> BVerfGE 153, 182 (273, Rn. 240) – Suizidhilfe.

<sup>216</sup> BVerfGE 153, 182 (273, Rn. 240) – Suizidhilfe.

Gleichwohl hieße es das BVerfG misszuverstehen, würde man seine Aussagen derart interpretieren. Es gilt vielmehr, zwei Blickwinkel auf die innere Sphäre zu unterscheiden: Einerseits die Frage, vor was diese zu schützen ist (Abwehrrecht), andererseits, welche ihrer Ausdrücke der Staat zwingend anerkennen muss (Ausgestaltungs- bzw. Leistungsdimension des Schutzrechts). Die hohen Anforderungen an eine freie und autonome Entscheidung, die das BVerfG formuliert, sind nur auf Ebene des Leistungsrechts bzw. der Rechtfertigung relevant. Sie definieren, unter welchen Bedingungen der Staat Entscheidungen respektieren muss. Hier bildet der im „Grundgesetz geforderte Respekt vor der autonomen Selbstbestimmung“<sup>217</sup> im Falle einer „frei gebildete[n] und autonome[n] Entscheidung“<sup>218</sup> eine absolute Grenze. Dem Staat ist es versagt, in Entscheidungsfindungen einzugreifen, die diesen Grad an Autonomie erreichen. Vielmehr muss der Gesetzgeber solche Suizidentscheidungen anerkennen.<sup>219</sup> Andernfalls griffe er – in grundsätzlich nicht gerechtfertigter Weise – in die Freiheit zum Suizid ein.<sup>220</sup> Versagt der Staat hingegen weniger selbstbestimmten Suizidentscheidungen die Anerkennung, verletzt er nicht alleine dadurch das Untermaßverbot.

Das BVerfG hat seine Aussagen so aus einer leistungsrechtlichen Perspektive getroffen. Die Ausführungen dürfen mithin nicht als Erwägungen zum abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte missverstanden werden. Aus den Aussagen des BVerfG lässt sich gerade *nicht* der Schluss ziehen, dass nur Willensbildungsprozesse schutzwürdig sind, die einen hohen Rationalitätsstandard erreichen. Vielmehr genießt auch ein Suizidentschluss abwehrrechtlichen Schutz, der leistungsrechtlich nicht zwingend anzuerkennen ist. Den Suizidentschluss Jugendlicher etwa muss der Staat so zwar nicht anerkennen. Er darf ihn gleichwohl nicht beliebig beeinflussen. Vielmehr greift gegenüber Jugendlichen das wie in allen Freiheitsrechten, so auch im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankerte Abwehrrecht der inneren Sphäre. Zu der abwehrrechtlichen Dimension der inneren Sphäre jedoch hat das BVerfG in der Suizidentscheidung mit seinen Ausführungen zur freien und autonomen Entscheidung keine Aussagen getroffen.

### 3. Zwischenergebnis

Der Schutzbereichsinhalt der inneren Sphäre zeichnet sich durch eine klassisch-abwehrrechtliche Konzeption aus. Geschützt ist der natürliche Willens-

---

<sup>217</sup> BVerfGE 153, 182 (270, Rn. 232) – Suizidhilfe.

<sup>218</sup> BVerfGE 153, 182 (270, Rn. 232) – Suizidhilfe.

<sup>219</sup> Wobei der Gesetzgeber über diese Bereiche selbstverständlich hinausgehen kann, wie durch die jüngst in Kraft getretene Reform des Betreuungsrechts geschehen – so soll es eine „Wunschbefolgungspflicht“, Prantl, Freiheit, auch im Alter, Süddeutsche Zeitung vom 30.12.2022, geben.

<sup>220</sup> Eben aus dieser aus dem Leistungsrecht folgenden Pflicht zur Anerkennung leitet sich auch das Recht von Schreib- und Sprechfähigen ab, zu testieren; vgl. BVerfGE 99, 341 (353) – Testierfreiheit. Deren Erklärungen genügen grds. dem geforderten Maß an Selbstbestimmung.

bildungsvorgang, ohne dass er qualitative Anforderungen erfüllen muss. Weder gesellschaftliche Gegebenheiten noch in den Einzelnen bestehende Limitierungen ihrer ‚Rationalität‘ schränken den Schutz des inneren Vorgangs ein. Insbesondere ist unerheblich, ob der Entscheidungsprozess einem „Maßstab objektiver Vernünftigkeit“<sup>221</sup> gerecht wird. Entscheidungsprozesse genießen grundrechtlichen Schutz vielmehr unabhängig davon, ob sie von Rationalitätsdefiziten geprägt sind und so den Vorstellungen der klassischen Ökonomie von rationalen, nutzenmaximierenden Entscheidungen genügen. Die Proponent:innen gerade des Nudging können sich mithin nicht darauf berufen, dass die inneren Vorgänge, die sie beeinflussen wollen, keinen Grundrechtsschutz genießen.

## VI. Abgrenzungen

Um deutlich zu machen, warum der hier vorgeschlagene Ansatz den grundrechtsdogmatisch schlüssigsten Weg beschreibt, sollen noch kurz zwei alternative Ansätze abgegrenzt werden, die ebenfalls in der Diskussion stehen.

### 1. Äußere Freiheit

Einerseits könnte – wie von *Oermann/Staben* vertreten – der Schutz vor Einflüssen auf die innere Sphäre über die äußere Dimension der Freiheitsrechte selbst erfolgen.<sup>222</sup> Hierfür wären die Verhaltensfreiheiten heranzuziehen, wie etwa das über das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützte (gesundheitliche oder informationelle) Selbstbestimmungsrecht, die Vertrags-, Berufs- oder die Meinungsfreiheit.<sup>223</sup> Der Schutz erfolgte auf Eingriffsebene: Die Einwirkung auf das Innere wäre als eigener Eingriffstypus in die äußere Verhaltensfreiheit anzuerkennen.<sup>224</sup>

<sup>221</sup> BVerfGE 153, 182 (263, Rn. 210) – Suizidhilfe; sowie BVerfGE 142, 313 (339, Rn. 74) – Zwangsbehandlung; BVerfGE 128, 282 (308) – Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug.

<sup>222</sup> Diesen Weg scheinen *Oermann/Staben*, *Der Staat* 52 (2013), 630 (640 ff.), zu gehen, wenn sie die Einwirkung auf die „Willensentschließungsfreiheit“ alleine als Problem des Eingriffs in zuvor als einschlägig befundene Handlungsfreiheiten verstehen. In der Sache aber rechnen sie „in Ergänzung zu den grundrechtlichen Handlungsfreiheiten auch eine entsprechende Willensentschließungsfreiheit [...] dem tatsächlichen Handeln [als] vorgelagerter geschützter Freiheitsraum“, *ebd.*, 641, zu – und konstruieren damit nichts anderes als eine separate innere Dimension der Grundrechte, wie sie hier vorgeschlagen wird.

<sup>223</sup> Vgl. zu einer frühen Debatte um Information, die abstellt auf Eingriffe in „soziale Interaktionschancen“, *Kloepfer*, *Staatliche Informationen*, 1998, S. 30, bzw. die „Möglichkeiten sozialen Kontakts“, *Murswiek*, *DVB1* 1997, 1021 (1026).

<sup>224</sup> In diese Richtung auch *Gebhardi*, *Verhaltensökonomische Steuerungsinstrumente*, 2022, S. 331 ff., für „[u]nmittelbare Eingriffe in grundrechtliche Kontextvorgaben für einen Status Quo“. Grds. a. A. *O'Hara*, *AöR* 145 (2020), 133 (174), der aufgrund „unbestimmter Wirkrichtung“ der Steuerung von einem „Ausfall der Verhaltensfreiheiten“ spricht.

Eben der ‚Umweg‘ über die Eingriffsebene spricht entscheidend gegen den Ansatz von *Oermann/Staben*. Er verschiebt wesentliche Fragen der Einwirkung auf die innere Sphäre in den Eingriff und die dort verorteten Probleme des Wirkungszusammenhangs. Ein Eingriff läge nicht bereits mit Einwirkung auf den Entscheidungsprozess vor, sondern alleine, wenn eine äußere Lenkwirkung bewirkt würde – denn nur dann ist die Verhaltensfreiheit betroffen.<sup>225</sup> Dies kann nicht überzeugen. Zum einen gebietet die Bedeutung der inneren Sphäre für die Grundrechtsausübung einen unabhängigen Schutz. So setzt das Menschenbild des Grundgesetzes bereits bei der inneren Sphäre an. Diese nicht unabhängig von der äußeren Sphäre zu schützen, hieße, den Stellenwert des Inneren für den Menschen zu verkennen. Zum anderen verlangen die Bedrohungen für die innere Sphäre einen von der äußeren Sphäre losgelösten Schutz. So führen etwa A/B-Tests, die zeigen sollen, ob eine Entscheidungsgestaltung lenkend auf die Entscheider:innen einwirkt, nicht stets zu einer Lenkungswirkung. Den Einzelnen hier den Grundrechtsschutz zu versagen, hieße jedoch, die Augen davor zu verschließen, dass gerade die empirische Optimierung von Entscheidungsumgebungen die innere Autonomie besonders bedroht.

## 2. Integritätsinteressen

Andererseits ist es denkbar, die Verhaltensfreiheiten – wie von *O’Hara* vorgeschlagen – um „Integritätsinteressen ohne direkten Verhaltensbezug“<sup>226</sup> zu ergänzen. Hiernach bezöge sich der „Grundrechtsschutz [...] nicht unmittelbar auf Verkürzungen von Handlungsspielräumen, sondern auf Rechtsgüter“<sup>227</sup>. Derartige „nicht verhaltensbezogene[...] Integritätsinteresse[n]“<sup>228</sup> scheint *O’Hara* vor allem im allgemeinen Persönlichkeitsrecht angesiedelt zu sehen. Gleichwohl bleibt im Dunkeln, was genau das Integritätsinteresse sein soll: *O’Hara* stellt in seinen Ausführungen auf den „Autonomieschutz vor den kognitiven Folgen sozialen Drucks“<sup>229</sup> sowie „mentale[...] Auswirkungen des Beobachtetwerdens an sich“<sup>230</sup> ab.

Dass gegen die Auswirkungen auf das Innere, die *O’Hara* beschreibt, grundrechtlicher Schutz bestehen soll, ist nicht in Abrede zu stellen. Doch sind derartig konstruierte Integritätsinteressen nicht der passende Schutzgegenstand für

<sup>225</sup> Hierfür *Oermann/Staben*, *Der Staat* 52 (2013), 630 (640): „mittelbarer Eingriff, bei dem Abschreckung von der Verwirklichung des grundrechtlichen Schutzgutes als *Faktor zwischen staatlicher Maßnahme und Eingriffswirkung* steht und die entsprechende Beeinträchtigung als erste Voraussetzung eines mittelbar-faktischen Grundrechtseingriffs mittelt“ (Hervorheb. d. Verf.).

<sup>226</sup> *O’Hara*, *AöR* 145 (2020), 133 (175).

<sup>227</sup> *O’Hara*, *AöR* 145 (2020), 133 (175).

<sup>228</sup> *O’Hara*, *AöR* 145 (2020), 133 (178).

<sup>229</sup> *O’Hara*, *AöR* 145 (2020), 133 (176).

<sup>230</sup> *O’Hara*, *AöR* 145 (2020), 133 (176).

die (gezielte) Einwirkung auf Entscheidungsprozesse.<sup>231</sup> Hier jeweils für jedes einzelne Grundrecht ein Integritätsinteresse zu bestimmen, kommt am Ende dem Ansatz nahe, eine innere Dimension der Freiheitsgrundrechte anzuerkennen. Eine innere Dimension anzuerkennen ist gleichwohl insofern vorteilhaft, als hierdurch die Konturen der inneren Sphäre klar hervortreten. Die innere Sphäre betrifft einen tatsächlichen Vorgang und kann auf normativ aufgeladene Interessensermittlungen verzichten.

## VII. Ergebnis

Die Untersuchung der Frage, ob das Grundgesetz menschliche Entscheidungsprozesse schützt, hat ein zentrales Ergebnis hervorgebracht: Der abwehrrechtliche Schutz der Freiheitsrechte umfasst den Schutz der inneren Sphäre. Dieser wohnt nicht nur speziellen Grundrechten inne oder ist über spezielle Grundrechte gewährleistet, sondern ist Bestandteil *aller* Freiheitsgrundrechte. Alleine eine Zusammenschau der äußeren und inneren Dimension der Grundrechte ist in der Lage, kohärenten Freiheitsschutz zu gewährleisten. Die innere Autonomie ist damit abwehrrechtlich geschützt. Sie gesellt sich stets neben die äußere Freiheit. Freiheitsgrundrechte haben damit – im Rahmen ihrer Abwehrfunktion – gleich den zwei Seiten einer Medaille zwei Schutzdimensionen.<sup>232</sup>

Im Einzelnen umfasst der (abwehrrechtliche) Schutzgegenstand der inneren Sphäre die Präferenz- und Prozessautonomie – in den Worten des BVerfG: die Maßstäbe und die Entscheidung nach diesen Maßstäben<sup>233</sup>. Wesentlich für den Schutz der *Prozessautonomie* ist dabei, dass der Entscheidungsvorgang vor äußeren Einflüssen an sich geschützt ist. Hingegen ist die Rationalität einer Entscheidung *kein* Schutzgegenstand. Der Schutz der Prozessautonomie besteht ohne weitere Voraussetzungen. Der Entscheidungsprozess muss gerade nicht voll-rational bzw. voll-autonom sein, um als schutzwürdig zu gelten. Im Gegenteil: Jeder von einem zumindest natürlichen Willen getragene Entscheidungsprozess ist abwehrrechtlich geschützt.

Insofern überschneidet sich das Verfassungsrecht mit der philosophischen und der ökonomischen Perspektive auf Entscheidungsprozesse, es deckt sich jedoch nicht mit ihnen. Wesentlich ist die Erkenntnis, dass das Recht nicht dem utilitaristischen Ansatz der Nutzenmaximierung folgt. Die innere Dimension

<sup>231</sup> O'Hara, AöR 145 (2020), 133 (177), selbst scheint hier nicht sicher, wenn er davon spricht, dass „Integritätsschutz – im Regelfall wohl über das allgemeine Persönlichkeitsrecht – herzustellen [ist,] sich also gerade für Beeinflussungen durch soziale Kontrolle an[bietet]“.

<sup>232</sup> Früh bereits in diese Richtung die Feststellung von *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 131, dass die „Schutzbereichsbeschreibungen [...] so vor allem die individuelle Selbstbestimmung i. S. e. Willensautonomie, die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit, persönliche Eigenschaften und verräumlichend gefaßte Freiheitssphären, die man dem Einzelnen zuweist“ erschließen.

<sup>233</sup> S. oben § 2 B.V. 2. c).

der Freiheitsrechte schützt nicht nur rationale, nutzenmaximierende Entscheidungen, sondern gerade nicht-rationale Entscheidungsprozesse. Mit Blick auf das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten bedeutet dies, dass die Freiheitsgrundrechte solche Entscheidungsvorgänge schützen, die von Rationalitätsdefiziten geprägt sind. Einwirkungen auf den Entscheidungsprozess, die Rationalitätsdefizite ausnutzen, kommen damit in Konflikt. Dies gilt für Nudges i. e. S. wie auch für Dark Patterns.

Das Beispiel der Organspende verdeutlicht dies: Stellt der Staat von einer Zustimmung- auf die Widerspruchslösung um<sup>234</sup>, ist als sachliches Grundrecht das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG) einschlägig. Dieses umfasst den Schutz der inneren Sphäre insbesondere in der Ausprägung der Prozessautonomie – mithin den Entscheidungsprozess für oder gegen die Eigenschaft als Organspender:in. Dieser Schutz gilt unabhängig davon, ob die Einzelnen ihre Spendeentscheidung ‚rational‘ treffen. Alleine der Umstand, dass über 52 % der deutschen Bevölkerung bereit sind, Organspender:in zu sein, aber keinen Spender:innenausweis haben<sup>235</sup> – und so nach klassisch-ökonomischen Vorstellungen eine nicht-rationale Entscheidung treffen – lässt den Schutz nicht entfallen. Im Gegenteil gebietet es gerade das grundgesetzliche Menschenbild, den Menschen so zu schützen, wie er ist. *Ecce homo*: Das Recht schützt den real existierenden Menschen, nicht alleine den *homo oeconomicus*.

### C. Eingriffe in die innere Sphäre der Grundrechte

Steht fest, dass die Freiheitsgrundrechte des Grundgesetzes auch die innere Sphäre schützen, gilt es herauszuarbeiten, inwieweit der Staat in die Grundrechte eingreift, wenn er auf den Entscheidungsprozess einwirkt. Im Fokus steht dabei das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten als Mittel, die Einzelnen in ihrer Entscheidung zu lenken. Wie Eingriffe in die innere Sphäre zu konzeptualisieren sind, ist bisher wenig erforscht. Gleichwohl besteht zumindest die Annahme, dass es Eingriffe in die (rein) innere Sphäre geben kann. Soweit sich hierzu Ausführungen finden, sind diese jedoch kaum differenziert. In Grundrechte eingreifen sollen etwa Manipulation<sup>236</sup>, Suggestion<sup>237</sup> oder Indoktrination<sup>238, 239</sup>

<sup>234</sup> S. oben § 1 A. III. 3. a).

<sup>235</sup> *Statista*, Organe spenden, *Statista*, 2008.

<sup>236</sup> *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 113.

<sup>237</sup> *Faber*, Innere Geistesfreiheit, 1968, S. 73.

<sup>238</sup> Vgl. etwa BVerfGE 47, 46 (83) – Sexualerziehung; *Weber-Dürler*, in: Bethge/Weber-Dürler (Hrsg.), VVDStRL 57, 1998, S. 57, 68; *Goos*, Innere Freiheit, 2011, S. 220; i. E. auch *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 68. Erg.-Lfg. (Jan 2013), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 75: Das Recht, eine Meinung zu bilden, soll „Schutz vor staatlicher Indoktrinierung“ bieten.

<sup>239</sup> Etwas anders Ansätze, die auf eine unmittelbare physische Einwirkung zielen, wie *Ienca/Andorno*, *Life Sci. Soc. Policy* 13 (2017), Nr. 5, 1 (11): „coercive uses of neurotechnology“.

Derartig vage Feststellungen sind schlechterdings ungeeignet, um die Bedrohung grundrechtsdogmatisch bewältigen zu können, die davon ausgeht, dass das Gegenüber Rationalitätsdefizite der Entscheider:innen ausnutzt. Vielmehr ist es notwendig, die Leitlinien für Eingriffe in die innere Sphäre umfassend ausdifferenzieren. Als Ausgangspunkt der Betrachtung dient dabei die überkommene Grundrechtsdogmatik.<sup>240</sup> Hiernach lassen sich Eingriffe in Grundrechte nach dem klassischen (unten I.) sowie dem modernen (unten II.) Eingriffsbegriff beschreiben.<sup>241</sup> Gerade im Kontext des weiten, modernen Eingriffsverständnisses tut sich zudem die Frage auf, ob ein etwaiger weiterer Eingriffsbefund einzuschränken ist (unten III.).

### I. Nach dem klassischen Eingriffsbegriff?

Zuerst gilt es zu bestimmen, ob es einen ‚klassischen‘ Grundrechtseingriff darstellt, wenn der Staat die Rationalitätsdefizite des Menschen ausnutzt. Ausschlaggebend dafür, ob eine staatliche Maßnahme einen ‚klassischen‘ Grundrechtseingriff begründet, sind die Kriterien der Imperativität, Finalität, Unmittelbarkeit und Rechtsaktsqualität.<sup>242</sup> Vorrangige Bedeutung hat dabei das Merkmal der Imperativität, das alle anderen Kriterien umfasst.<sup>243</sup> Staatliches Handeln ist imperativ, wenn es die Handlungsoptionen des Einzelnen durch eine rechtliche Regelung einschränkt.<sup>244</sup> Für den klassischen Eingriffsbegriff wesentlich ist insofern, dass der Staat ein Rechtswidrigkeitsverdikt hinsichtlich einer Handlung bzw. eines Unterlassens ausspricht – diese mithin ver- oder gebietet.<sup>245</sup>

Ein Eingriffsverständnis, das auf Imperativität abstellt, ist gleichwohl nur ein Konstrukt. Denn eine rechtliche Einschränkung von Freiheit ist eben keine tatsächliche Einschränkung. *Nicht* entscheidend für das Vorliegen eines klassischen Eingriffs ist mithin, dass die staatliche Maßnahme grundrechtliche Freiheit real, tatsächlich verkürzt.<sup>246</sup> Der klassische Begriff ist weniger eine

<sup>240</sup> Vgl. grds. *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 80, Rn. 1 ff., insbes. zum Grundrechtseingriff als Einheitsmodell über alle Grundrechte hinweg.

<sup>241</sup> Wobei etwas str. ist, ob die Bezeichnung als „erweitert“ vorzugswürdig ist; hierfür *Peine*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 57, Rn. 31; Kritik hieran von *Lindner*, DÖV 2004, 765 (765 ff.).

<sup>242</sup> *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 80; i. E. auch *Peine*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 57, Rn. 20.

<sup>243</sup> *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 80, Rn. 45. Sie ist insofern wohl sogar „[a]llein entscheidend“, *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 80; so auch *Wolff*, *Anreize im Recht*, 2021, S. 157 f.

<sup>244</sup> *Wolff*, *Anreize im Recht*, 2021, S. 159; *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 200, Rn. 89.

<sup>245</sup> *Wolff*, *Anreize im Recht*, 2021, S. 159 ff. Mit dem Rechtswidrigkeitsverdikt verbunden ist wiederum die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung.

<sup>246</sup> *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 80, Rn. 43.

Definition als eine Fiktion.<sup>247</sup> Nur insoweit besteht „Identität von Regelung und Beeinträchtigung“<sup>248</sup>. Mit Blick hierauf ist der klassische Eingriffsbegriff instrumentenbezogen. Im Umkehrschluss bedeutet die Instrumentenbezogenheit, dass Lenkungsmethoden, die ohne Rechtswidrigkeitsverdikt operieren, keinen klassischen Eingriff darstellen.<sup>249</sup> Hieraus folgt, dass allen voran der reine Zwangsakt keinen klassischen Grundrechtseingriff begründet.<sup>250</sup> Aber auch der Anreiz unterfällt nicht dieser Eingriffsdefinition. Er heftet einem nicht-erwünschten Verhalten zwar ein moralisches, jedoch kein rechtliches Verwerflichkeitsurteil an.<sup>251</sup> Ebenso liegt es bei der Verhaltenssteuerung durch das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten. Diese wirkt nicht durch Ver- oder Gebot, also Normbefehl. Gestaltet der Staat eine Entscheidungsumgebung derart, dass sie ein Rationalitätsdefizit anspricht und ausnutzt, verbindet er hiermit kein Rechtswidrigkeitsverdikt. Zwar mag die Entscheidungsgestaltung in Rechtsakten angelegt sein – wie etwa die Widerspruchslösung bei der Organspende. Ihre Wirkung basiert jedoch nicht auf einer imperativen Anordnung. Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten unterfällt damit – gleich Zwang und Anreiz – *a priori* nicht dem klassischen Eingriffsbegriff.<sup>252</sup>

## II. Nach dem modernen Eingriffsbegriff

Greift der klassische Eingriffsbegriff nicht, kann gleichwohl ein Grundrechtseingriff vorliegen. Insofern erweitert bzw. ergänzt der moderne Eingriffsbegriff die klassische Eingriffsdogmatik um eine wirkungsorientierte Perspektive.<sup>253</sup>

<sup>247</sup> Das BVerfG erkennt dies, wenn es genau umgekehrt definiert: „rechtsförmiger Vorgang [...], der unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot, *also imperativ*, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt“, BVerfGE 105, 279 (300, Rn. 68) – Osho; Hervorheb. d. Verf.

<sup>248</sup> Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen, 1970, S. 12. Hierzu Wolff, Anreize im Recht, 2021, S. 161 f., m. w. N.; Peine, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 57, Rn. 23; Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 25; ähnlich Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Vorb. v. Art. 1, Rn. 124: „Regelungsidentität“.

<sup>249</sup> A. A. wohl Wolff, Anreize im Recht, 2021, S. 162 ff.

<sup>250</sup> S. zum Eingriff durch Zwang unten § 2 C.II.2. a); a. A. wohl Grimm, KritV 69 (1986), 38 (49).

<sup>251</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn man gerade nicht alleine die Imperativität, sondern die (drohende) Zwangseinwirkung als Eingriffskern sieht. Nur in diesem Fall ist etwa ein Anreiz dem klassischen Eingriffsbegriff ähnlich. Dies ist aber gerade nicht der Fall – die Imperativität als Element des klassischen Eingriffsbegriffs aufzugeben, hieße, den Eingriffsbegriff selbst aufzugeben. Andersherum bedarf es hier nicht der Schaffung eines „Grundrechtseingriffs einer eigenen Art“, Wolff, Anreize im Recht, 2021, S. 156 – eben hierin liegt vielmehr der moderne Eingriff.

<sup>252</sup> Mit Bezug auf Hersteller:innen als mittelbar Betroffene Lübke-Wolff, NJW 1987, 2705 (2710).

<sup>253</sup> Grds. Peine, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 57, Rn. 29 ff.

Er ist die entscheidende Größe dafür, die Eingriffsqualität nicht-imperativer staatlicher Maßnahmen zu bewerten.<sup>254</sup>

### 1. Moderner Eingriff(-sbegriff)

Nach dem modernen Ansatz ist ein Eingriff in jedem staatlichen Handeln<sup>255</sup> zu sehen, das ein grundrechtlich geschütztes Verhalten erschwert oder unmöglich macht oder eine geschützte Rechtsposition beeinträchtigt.<sup>256</sup> Der Kreis umfasster Erschwerungen und sonstiger Beeinträchtigungen ist dabei sehr weit – so sind mittelbare, faktische sowie mittelbar-faktische Beeinträchtigungen erfasst.<sup>257</sup> Das moderne Eingriffsverständnis vollzieht einen Perspektivwechsel im Vergleich zur klassischen Eingriffsdogmatik: Entscheidend ist nicht die Handlungsform des Staates, mithin die Rechtsförmlichkeit bzw. Imperativität, sondern die nachteilige Wirkung staatlichen Handelns auf das jeweilige grundrechtliche Schutzgut.<sup>258</sup> Das Eingriffsverständnis ist insofern wirkungsbezogen, nicht instrumentenbezogen.<sup>259</sup> Noch stärker abstrahiert gilt, dass der klassische Eingriffsbegriff Handlungsunrecht, der moderne Erfolgsunrecht adressiert.<sup>260</sup>

Dabei verbergen sich hinter der Definition des modernen Eingriffs zwei verschiedene Eingriffsformen. Einerseits sind staatliche Handlungen erfasst, die eine unmittelbar grundrechtlich geschützte Rechtsposition verkürzen (*direkter Eingriff*<sup>261</sup>).<sup>262</sup> Unmittelbare Grundrechtsverkürzungen stellen keinen klassischen Eingriff dar, da sie nicht imperativ wirken. Sie betreffen Grundrechte aber

<sup>254</sup> Ingold, Desinformationsrecht, 2011, S. 49.

<sup>255</sup> Die Zurechnungsfragen, die sich hinter diesem Kriterium verbergen, stehen hier nicht im Fokus, da sie für den Schutz vor dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten nicht unmittelbar relevant sind. Vgl. grds. Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 200, Rn. 84; Klement, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 80, Rn. 22 ff.; Peine, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 57, Rn. 36 ff.

<sup>256</sup> Voßkuhle/Kaiser, JuS 2019, 313 (313); ähnlich Bethge, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 58, Rn. 16; Peine, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 57, Rn. 31. Das BVerfG verwendet hierfür den Eingriffsbegriff nicht, sondern spricht von einer „eingriffsgleichen Beeinträchtigung“, BVerfGE 113, 63 (80) – Junge Freiheit oder „Maßnahme eingriffsgleicher Wirkung“, BVerfGE 118, 1 (20) – Rechtsanwaltsvergütung, bzw. einem „funktionale[n] Äquivalent“, BVerfGE 148, 40 (51 mit Rn. 28) – LFGB, m. w. N. Str. ist dabei, ob es überhaupt den ‚einen‘ Eingriffsbegriff für alle Grundrechte gibt; vgl. Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen, 1970, S. 44 ff.; Peine, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 57, Rn. 32 – für die innere Sphäre ist dies jd., aufgrund ihrer Gleichförmigkeit für alle Freiheitsgrundrechte, keine Frage.

<sup>257</sup> Voßkuhle/Kaiser, JuS 2019, 313 (313).

<sup>258</sup> Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 200, Rn. 91: „vom handelnden Staat als Akteur zum betroffenen Grundrecht als dem normativ allein maßgeblichen Bezugspunkt“.

<sup>259</sup> Wolff, Anreize im Recht, 2021, S. 165.

<sup>260</sup> Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 200, Rn. 91.

<sup>261</sup> Auch „Realbeeinträchtigungen“ bzw. „faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen“; Weber-Dürler, in: Bethge/Weber-Dürler (Hrsg.), VVDStRL 57, 1998, S. 57, 66; Hervorheb. i. Org.

<sup>262</sup> Vgl. BVerfGE 79, 174 (201) – Straßenverkehrslärm: „gezielten staatlichen Eingriffen wie

in ihrer ureigenen Abwehrfunktion. Direkte Eingriffe sind der (unmittelbare) Zwang sowie vergleichbare Realakte.<sup>263</sup> Daneben steht der eigentliche moderne Eingriff, der grundrechtlich geschütztes Verhalten anders als durch imperative Akte oder unmittelbare Einwirkungen erschwert bzw., als stärkste Form der Erschwerung, unmöglich macht (*erschwerender Eingriff*<sup>264</sup>). Eine derartige Wirkung geht von äußeren Einflüssen aus, die faktisch Handlungsmöglichkeiten begrenzen, ohne dabei imperativ zu sein. Ein erschwerender Eingriff liegt so vor, wenn der Staat die äußeren Umstände der Handlung verändert.<sup>265</sup> Hierunter fällt die Bewirkungsform der Umweltveränderung.<sup>266</sup> Sie begrenzt unmittelbar die Möglichkeiten der Einzelnen, ihre Freiheit zu verwirklichen – etwa schnell zu fahren. Zudem stellt der staatliche Anreiz einen erschwerenden Eingriff dar. Kosten einer Handlung bilden zwar keine physischen Hindernisse. Sie verteuern jedoch die Handlung und erschweren damit die Möglichkeit der Einzelnen, ihre Grundrechte auszuüben.<sup>267</sup>

## 2. Direkter Eingriff in die innere Sphäre

Fraglich ist nunmehr, ob Steuerungsmittel, die die innere Sphäre betreffen – also die Verhaltenssteuerung durch das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten sowie Information – einen Eingriff nach dem modernen Eingriffsbegriff darstellen.

### a) Grundsätzlich

Ob Verhaltenssteuerungen einen Eingriff im modernen Sinne darstellen, hängt wesentlich davon ab, worin die geschützte Rechtsposition zu sehen ist, deren Beeinträchtigung oder Erschwerung in Rede steht.<sup>268</sup> Als wesentlich erweist sich die Feststellung, dass die innere Sphäre eine eigene Schutzdimension der Grundrechte ist.<sup>269</sup> Die hiervon geschützte Freiheit ist die freie Wahl von Präferenzen und die Unbeeinflusstheit von Entscheidungen – mithin die Präferenzautonomie und die Prozessautonomie der Grundrechtsträger:innen. Diese

---

Zwangsversuchen an lebenden Menschen, Zwangssterilisationen und ähnlichem“. So wohl auch *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 80, Rn. 50.

<sup>263</sup> *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 82, 88.

<sup>264</sup> Auch „*Beeinträchtigungen von Verhaltensfreiheiten*“, *Weber-Dürler*, in: Bethge/Weber-Dürler (Hrsg.), VVDStRL 57, 1998, S. 57, 69; Hervorheb. i. Org.

<sup>265</sup> Anders wohl *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 80, Rn. 55 f. Sind derartige Eingriffe durch Dritte vermittelt, stellt sich zudem eine Zurechnungsfrage. So wohl grds. auch *Weber-Dürler*, in: Bethge/Weber-Dürler (Hrsg.), VVDStRL 57, 1998, S. 57, 71 ff. Hier vermischt *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 88 f., die Wirkungsebene mit der Zurechnungsebene.

<sup>266</sup> S. oben § 1 A. IV. 1.

<sup>267</sup> S. oben § 1 A. IV. 2.

<sup>268</sup> *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 85, zur „Bedeutung des Schutzgegenstandes“.

<sup>269</sup> S. oben § 2 A. III. 2.

stellen eine eigenständige grundrechtliche Rechtsposition dar. Hinsichtlich der inneren Sphäre begründet mithin jede Maßnahme einen Eingriff, die eine dieser geschützten Rechtspositionen verkürzt. Dies trifft auf alle Maßnahmen zu, die in die innere Sphäre hineinwirken und so den Entscheidungsprozess beeinflussen. Sie stellen einen *direkten* Eingriff in die innere Sphäre dar. Andersherum kommt es nicht darauf an, dass sich diese Einwirkungen auf die äußere Seite der Freiheit auswirken. Denn die innere Seite ist ein eigenständiges Schutzgut.<sup>270</sup>

### b) Im Einzelnen

Der Befund, dass alle rein auf den Innenbereich wirkenden Steuerungsmittel direkt in die innere Sphäre der Grundrechte eingreifen, hat potenziell weitreichende Folgen. Deshalb lohnt es sich, beide betroffenen Steuerungsmittel – das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten und Information – noch einmal einzeln zu betrachten.<sup>271</sup>

#### aa) Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten

Ist die Unbeeinflusstheit des Entscheidungsprozesses grundrechtlich geschützt, dann verkürzt jeder Einfluss auf den Entscheidungsprozess die Freiheitsausübung und stellt damit einen Eingriff dar. Nutzt der Staat Rationalitätsdefizite aus, berührt dies die innere Autonomie. Entscheidend ist, dass die Rechtsgutsverkürzung alleine aufgrund des Mittels bzw. der Wirkung des Einflusses eintritt. Unerheblich ist zum einen der Lenkungszweck. Eine Einwirkung verkürzt die innere Autonomie im Sinne der Unbeeinflusstheit des Entscheidungsprozesses unabhängig davon, ob die Lenkung im wohlverstandenen Interesse der Einzelnen geschieht oder zu ihrem Nachteil. Selbst wenn die Maßnahme eine rationalere Entscheidung herstellen will, also einen weich-paternalistischen Zweck verfolgt<sup>272</sup>, liegt dies nicht anders. Entsprechende Fragen spielen vielmehr erst auf der Ebene der Rechtfertigung eine Rolle. Zum anderen ist das Ergebnis des konkreten Entscheidungsvorgangs unerheblich. Ob die Entscheidung aufgrund der Einwirkung rationaler abläuft, die Wertvorstellungen bzw. Präferenzen der Entscheider:innen besser abbildet oder in ihrem wohlverstandenen Interesse liegt, wirkt sich nicht auf die Bewertung als Eingriff aus.<sup>273</sup> Umgekehrt gespro-

<sup>270</sup> Ein ähnlicher Gedanke kommt bei Gefährdungsansätzen unter dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zum Ausdruck. So macht BVerfGE 150, 244 (268, Rn. 51) – Kennzeichenerfassung II, deutlich, dass nicht eine Beeinträchtigung eines Verhaltens, sondern die Überwachung i. F. d. Kennzeichenerfassung an sich den Eingriff begründet: „Eine solche Maßnahme ist nicht erst hinsichtlich ihrer Folgen, sondern als solche freiheitsbeeinträchtigend“.

<sup>271</sup> Dies gilt gerade für Information, die zwar nicht im Fokus der vorliegenden Untersuchung steht. Ihre Einordnung als Eingriff stellt gleichwohl einen wesentlichen Prüfstein für die vorliegende Arbeit dar. Zu den beiden Steuerungsmitteln s. oben § 1 A. IV. 3.

<sup>272</sup> S. oben § 1 B. II. 2. a).

<sup>273</sup> A. A. etwa Gerg, Nudging, 2019, S. 103, für Einflüsse, die „menschliche Besonderheiten

chen: Es ist *keine* Voraussetzung der Freiheitsverkürzung, dass die Einwirkung ein von außen gesetztes Ziel erreicht – die Einwirkung also hart-paternalistisch ist. Unerheblich ist schließlich, dass das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten die Entscheidungsfreiheit erhält, also keinen ökonomisch wirksamen Anreiz setzt – so der erklärte Vorzug des *Nudging*<sup>274</sup>. Denn es ist das Wesen der inneren Autonomie, dass sie unabhängig von äußeren Gegebenheiten und Einschränkungen geschützt ist.<sup>275</sup>

### bb) Information

Wirkt der Staat mithilfe von Information in die Öffentlichkeit hinein, ist anerkannt, dass dies einen (mittelbareren<sup>276</sup>) Eingriff in die Grundrechte derer begründet, auf die sich ihr Inhalt bezieht (sog. indirekt Betroffene).<sup>277</sup> Derart indirekt Betroffene können etwa Unternehmer:innen<sup>278</sup>, Religionsgemeinschaften<sup>279</sup> oder die Presse<sup>280</sup> sein. Denn die Reaktion der Adressat:innen der Information – mithin der Verbraucher:innen, Gläubigen oder Zeitungsleser:innen –, die zu dem (mittelbaren) Eingriff führt, ist dem Staat zurechenbar.<sup>281</sup>

Bislang unbeantwortet scheint hingegen die Frage, ob Information in die Freiheitssphäre der (unmittelbaren) Adressat:innen selbst eingreifen.<sup>282</sup> Dass ungeklärt ist, wie Information aus der Sicht direkt Betroffener zu bewerten ist, verwundert. Denn staatliche Information genießt in der Bevölkerung nicht nur großes Vertrauen.<sup>283</sup> Sie hat zudem die Macht, die Adressaten:innen „in die Richtung des jeweils gewünschten Verhaltens [zu] lenken“<sup>284</sup>. Ruft man sich

---

ausschließlich abmildern oder beseitigen können“; *Kolbe*, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 318 f., mit Blick auf die nicht notwendige Rechtfertigung.

<sup>274</sup> *Sunstein*, Yale L. J. 122 (2013), 1826 (1835); *ders.*, Harv. L. Rev. 127 (2014), 210 (210).

<sup>275</sup> So i. E. *Gerg*, *Nudging*, 2019, S. 50: „Eine Diskussion über die Entscheidungsfreiheit ist daher wenig ergiebig, weicht den Besonderheiten psychischer Einwirkungen aus“.

<sup>276</sup> BVerfGE 105, 279 (300) – Osho: „Äußerungen [der Bundesregierung] hatten in Bezug auf die Beschwerdeführer eine mittelbar faktische Wirkung“.

<sup>277</sup> So auch *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (693 ff.); *Schmidt*, Staatliches Informationshandeln, 2004, S. 29 ff.; *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573 (573), die jd. etwas ungenau von „grundrechtlichen Freiheitsbereiche[n] Betroffener“ sprechen; *Monsees*, Behördliches Informationshandeln, 2018, S. 58 ff. S. unten § 4 B. II. 1.

<sup>278</sup> BVerfGE 105, 252 (268 ff.) – Glykol; BVerfGE 148, 40 (51 f., Rn. 29) – LFGB.

<sup>279</sup> BVerfGE 105, 279 (295) – Osho.

<sup>280</sup> BVerfGE 113, 63 (78) – Junge Freiheit.

<sup>281</sup> *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 166; a. A. *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 80, Rn. 64; etwas unklar BVerfGE 148, 40 (51 f., Rn. 29) – LFGB.

<sup>282</sup> Hierzu fand nur wenig rechtswissenschaftliche Befassung statt; ablehnend *Gramm*, NJW 1989, 2917 (2921 ff.); *Kolbe*, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 210 ff.; *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 80, Rn. 57.

<sup>283</sup> *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573 (573).

<sup>284</sup> *Monsees*, Behördliches Informationshandeln, 2018, S. 36, nach der „staatliche Informationsmaßnahmen [auf] indirekt wirkende Impulse [setzen]“ oder – etwas euphemistisch – „zu einer Verhaltensänderung animieren“, *ebd.*, S. 58. Stimmen, die i. E. eine derartige Wirkung anerkennen, sind unüberschaubar, vgl. *Böker*, *Nudge*, 2021, S. 80; *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573

noch einmal das Schutzgut der inneren Sphäre vor Augen, wird offensichtlich, dass staatlich vermittelte Information mit Blick auf ihre steuernde Wirkung eine Freiheitsverkürzung für direkt Betroffene darstellt.<sup>285</sup> Denn das Schutzgut ist die Autonomie bzw. Unbeeinflusstheit der Entscheidung, nicht irgendeine Vorstellung von Rationalität oder Effizienz. Das BVerfG selbst stellt insofern zutreffend fest, dass „Verbraucherinnen und Verbraucher von [...] Information [...] beeinflusst werden“<sup>286</sup>. Damit ist die Unbeeinflusstheit der Entscheidung der direkt Betroffenen, mithin die Prozessautonomie, berührt.<sup>287</sup>

### 3. Einwirken als Zugewinn an Freiheit?

Weit verbreitet ist die Annahme, dass gewisse Einwirkungen in die innere Sphäre trotz ihrer Steuerungswirkung keinen Eingriff darstellen. Dies betrifft zum einen den Fall, dass der Staat Rationalitätsdefizite abmildert oder beseitigt bzw. einen dahingehenden Zweck verfolgt (sog. De-Biasing<sup>288</sup>). Zum anderen soll dies gelten, wenn der Staat Information bereitstellt. Derartige Maßnahmen befähigten insofern zur „autonomen Konstituierung der Persönlichkeit“<sup>289</sup> bzw. erzeugten „Selbstbestimmtheit“<sup>290</sup>, da sie Freiheit erweiterten (unten a)) oder gar einem allgemeinen Ordnungsziel dienen (unten b)).

#### a) Individuelle Freiheitserweiterung nach Schutzgut der inneren Sphäre?

Die Schutzrichtung der inneren Sphäre macht deutlich: Ein Eingriff entfällt nicht allein deshalb, weil er tatsächlich mehr Rationalität schafft bzw. darauf gerichtet ist. Eine Einwirkung in die innere Sphäre, die Rationalitätsdefizite beseitigt (De-Biasing i. e. S.) oder Information für eine Entscheidung zur Verfügung stellt, mag zwar im Ergebnis zu einer präferenzgerechteren Entscheidung führen. Sie erzeugt jedoch nicht mehr Autonomie.<sup>291</sup> Denn Autonomie ist unbeeinflusstes Sein, nicht beeinflusste oder erzwungene Rationalität. Die

(573); *Spaeth*, Grundrechtseingriff durch Information, 1995, S. 79ff. Das BVerfG geht davon aus, dass Verbraucher:innen „gegebenenfalls vom Vertragsschluss mit [...] Unternehmen ab[...] sehen“, BVerfGE 148, 40 (51, Rn. 29) – LFGB; s. auch BVerfGE 113, 63 (78) – Junge Freiheit.

<sup>285</sup> Unklar insoweit *Petersen*, ZöR 67 (2012), 459 (466): „staatliche Informationen, die verhaltenslenkende Wirkung haben, generell als Eingriff in ein Grundrecht anzusehen“.

<sup>286</sup> BVerfGE 148, 40 (61, Rn. 58) – LFGB.

<sup>287</sup> Dies gilt unabhängig von einem spezifischen Schutz vor aufgedrängter Information i. R. e. Rechts auf Nichtwissen; vgl. hierzu *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 39. Erg.-Lfg. (Jul 2001), Art. 2 Abs. 1, Rn. 192, bzw. eines Rechts, in Ruhe gelassen zu werden; vgl. hierzu *Gerg*, Nudging, 2019, S. 118.

<sup>288</sup> S. hierzu unten § 6 C. I. 2.

<sup>289</sup> *Kolbe*, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 228.

<sup>290</sup> *Gerg*, Nudging, 2019, S. 100.

<sup>291</sup> A. A. *Blumenthal-Barby*, Am. J. Bioeth. 16 (2016), 5 (13 f.); *Gerg*, Nudging, 2019, S. 100 f.; wohl auch *Baer*, Steuerung durch Nudging, 2023, S. 334. Ähnlich *Ingold*, Desinformationsrecht, 2011, S. 49 f.

Gegenansicht folgt einer „materiale[n] Aufklärungsidee“<sup>292</sup>, die mit dem grundgesetzlichen Menschenbild nicht vereinbar ist. Obwohl das Grundgesetz einem individualistischen Menschenbild der Aufklärung anhängt,<sup>293</sup> ist der Zweck des Staates nicht, die Menschen aus ihrer (vermeintlichen) Unmündigkeit herauszuführen. Vielmehr hat der Staat die Menschen in ihrer Individualität zu bewahren. Der moderne Staat der Aufklärung mag sich „als Instrument der Verwirklichung von Vernunft“<sup>294</sup> sehen, wie *Di Fabio* ausführt. Als freiheitlich konstituierter Verfassungsstaat kann er hieraus gleichwohl kein Recht ableiten, den Einzelnen Vernunft aufzuzwingen.

Die Erkenntnis, dass es kein Staatsziel ist, vernünftige, rationale Bürger:innen hervorzubringen, greift einen zentralen Punkt der Paternalismus-Debatte auf: Weicher Paternalismus<sup>295</sup> verkürzt grundrechtliche Freiheit.<sup>296</sup> Insofern ist es nicht überzeugend, wenn etwa *Gerg* festhält, dass derartige Maßnahmen Selbstbestimmtheit erzeugten, insoweit „Leistungscharakter“ hätten und deswegen keinen Eingriff darstellten.<sup>297</sup> Dies gilt einerseits bereits mit Blick auf die zugrundeliegenden Wertentscheidungen. Denn würde eine weich-paternalistische Einwirkung nicht als Eingriff gelten, wäre Rationalität das einzige Schutzgut der inneren Sphäre. Erkennt man jedoch Unbeeinflusstheit als Schutzgut an, dann kann eine Maßnahme, die Rationalität erhöht, zugleich Eingriffs- und Leistungscharakter haben.<sup>298</sup> Zumindest dies übersieht *Gerg*. Schließlich ist *Gergs* Ansatz schwer handhabbar: Wann hiernach hinreichende oder gar volle Autonomie vorliegt und damit die Grenze der Eingriffsfreiheit erreicht ist, lässt sich praktisch nicht feststellen.

### b) Überindividueller Ordnungszielansatz?

Der Eingriffscharakter rationalitätsfördernder oder informierender Maßnahmen könnte entfallen, wenn die Grundrechte aus sich selbst heraus vor solchen Einflüssen nicht schützten.<sup>299</sup> Dahingehende Ansätze postulieren, dass der „Schutzzweck“<sup>300</sup> oder ein höheres „Ordnungsziel“<sup>301</sup> der Grundrechte

<sup>292</sup> *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (691); s. auch *Ingold*, Desinformationsrecht, 2011, S. 52.

<sup>293</sup> S. oben § 2 B. I. 1. a).

<sup>294</sup> *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (691).

<sup>295</sup> S. oben § 1 B. II. 2. a).

<sup>296</sup> So i. E. mit Blick auf Information wohl auch *Joost*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, 2010, S. 126, 153.

<sup>297</sup> *Gerg*, *Nudging*, 2019, S. 100, spricht von „reflektivem Einwirken“, soweit nicht mit „suggestiven Elementen“ verknüpft. I. E. auch *Böker*, *Nudge*, 2021, S. 128.

<sup>298</sup> Grds. zu Freiheitsrechten als Leistungsrecht unten § 3 A. II.; ob wiederum die Erhöhung von Rationalität, mithin weicher Paternalismus, grundrechtlich zulässig ist, steht außerhalb des Fokus dieser Arbeit; s. oben Zweiter Teil, Fn. 204.

<sup>299</sup> Anders wohl *Möllers*, NJW 2005, 1973 (1976 ff.), der dies auf Ebene des Schutzbereichs verortet.

<sup>300</sup> *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2705 (2711).

<sup>301</sup> *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2705 (2711).

dafür maßgebend sei, wann ein Eingriff nach dem modernen Eingriffsbegriff vorliegt (unten aa)). Sie können jedoch im Ergebnis nicht überzeugen (unten bb)).

aa) *Vorhandene Ansätze*

Nach dem Ordnungszielansatz begründet eine Ein- und Auswirkung auf direkt oder indirekt Betroffene keinen Eingriff, wenn sie einem größeren Ziel folgt. Diese Ansicht bringt ein als ‚Schutzzweck‘ oder ‚Ordnungsziel‘ verschleiertes höheres Gut auf Ebene des Eingriffs gegen die abwehrrechtliche Freiheitsfunktion in Stellung. Hiernach soll bei der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) ein Eingriff entfallen, wenn eine Regulierung der „intendierten Wettbewerbsordnung“<sup>302</sup> des Grundgesetzes entspricht. Dies sei der Fall, wenn die Konsument:innen-souveränität (mit Blick auf direkt Betroffene) oder der „freie[...] Wettbewerb“<sup>303</sup> (mit Blick auf indirekt Betroffene) gefördert würden.<sup>304</sup> Ganz im Geiste der Normzwecklehre<sup>305</sup> ergibt sich so ein marktliberaler „Funktionsvorbehalt“<sup>306</sup> der Grundrechte.

Ein entsprechender Ordnungszielansatz spiegelt sich in der Rechtsprechung des BVerfG zu staatlichem Informationshandeln wider. So ist es nach dem BVerfG aus der Perspektive der unmittelbaren Adressat:innen (grundrechtlich) unproblematisch, ihnen als „Marktteilnehmern marktrelevante Informationen bereitzustellen“<sup>307</sup>. Denn Information erlaubte es ihnen, „eigenbestimmte, an ihren Interessen ausgerichtete Entscheidungen über ihr Marktverhalten [zu] treffen“<sup>308</sup>. Im *LFGB*-Fall formuliert das Gericht diesen Gedanken etwas weniger prägnant, wenn es festhält, dass die „umfassende Information der Verbraucher“<sup>309</sup> darauf zielt, „diese in die Lage zu versetzen, ihre Konsumententscheidung in Kenntnis der veröffentlichten Missstände zu treffen“<sup>310</sup>. Leitgedanke scheint hier – aus rechtlicher Sicht – zu sein, dass ein Mehr an Information keine Freiheitsverkürzung

<sup>302</sup> *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2705 (2711).

<sup>303</sup> *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2705 (2711).

<sup>304</sup> Insofern sollen nach *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2705 (2711), wirtschaftliche Grundrechte den (freien) Wettbewerb selbst schützen. In dieses Horn stößt auch *Manssen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 12, Rn. 80, der kurzerhand den freien Wettbewerb zum Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG erklärt. Das BVerfG, auf das er verweist, stellt hingegen gerade klar, dass Art. 12 Abs. 1 GG „auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung abzielt“, BVerfGE 34, 252 (256) – Steuerberatende Berufe.

<sup>305</sup> Hiernach kommt es darauf an, ob die vorliegende Beeinträchtigung Ausdruck der Gefahr ist, vor der das spezielle Grundrecht schützen soll; vgl. *Ramsauer*, VerwArch 72 (1981), 89 (102); *ders.*, AöR 111 (1986), 501 (509 ff.).

<sup>306</sup> *Möllers*, NJW 2005, 1973 (1976).

<sup>307</sup> BVerfGE 105, 252 (273) – Glykol.

<sup>308</sup> BVerfGE 105, 252 (273) – Glykol.

<sup>309</sup> BVerfGE 148, 40 (51, Rn. 29) – LFGB.

<sup>310</sup> BVerfGE 148, 40 (51, Rn. 29) – LFGB.

darstellt.<sup>311</sup> Dies gilt nach dem BVerfG trotz der Steuerungswirkung, die hiervon ausgeht. Eben diese Steuerungswirkung erkennt das BVerfG in den *Glykol*-<sup>312</sup> und *LFGB*-Entscheidungen<sup>313</sup> gerade im Bereich der Warnung (d. h. der nicht gesicherten Information) an.

### bb) Kritik

Im Kontext der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) wird deutlich, welche Folgen ein solcher Ordnungszielansatz hat.<sup>314</sup> Unterliegt die Berufsfreiheit dem Funktionsvorbehalt der Marktwirtschaft, machte dies den Staat vom Hüter der Freiheit der Einzelnen im Wettbewerb zum Garanten des freien Wettbewerbs an sich.<sup>315</sup> Bezieht man diesen Argumentationsansatz auf Rationalitätsdefizite und volle Rationalität als Ideal des Entscheidens bzw. als Funktionsbedingung des freien Markts, würde der Staat so vom Hüter der freien Entscheidung zum Garanten von Rationalität und Effizienz. Die Implikationen dieser Ansicht bringen die Ausführungen *Lübbe-Wolffs* auf den Punkt. Um Warnungen und Empfehlungen aus dem Eingriffsbegriff herauszulösen, muss sie so weit gehen, die „Werthaltungen und Präferenzen“<sup>316</sup> der Menschen für vogelfrei zu erklären. Diese seien „in ihren praktischen Konsequenzen keine reine Privatsache“<sup>317</sup>, vielmehr habe der Staat „ein legitimes Beeinflussungsinteresse“<sup>318</sup>. Eine solche Argumentation instrumentalisiert die Einzelnen letztlich zu Gunsten eines höher angesetzten Ziels, etwa des freien Markts oder kollektivistischer Wohlfahrtsvorstellungen. Dass eine derart utilitaristische Konzeption grundrecht-

<sup>311</sup> Hiernach wirkt Information freiheitsermöglichend, da die Informationsadressat:innen so eine ‚bessere‘ (in den Worten des BVerfGE 105, 252 (273) – Glykol, „an ihren Interessen ausgerichtete“) Entscheidung treffen können. Etwas anders die Ausführungen in BVerfGE 47, 46 (67 ff.) – Sexualerziehung, wo das Gericht zwischen „Wissensvermittlung [...] über Fakten“ und Sexualerziehung trennen will. Gleichzeitig geht es davon aus, dass auch die „von Wertungen freie Mitteilung von Fakten“ geeignet ist, in das Persönlichkeitsrecht eines Kindes einzugreifen – jd. hauptsächlich mit Blick auf dessen „psychologische Situation und den Reifegrad“.

<sup>312</sup> BVerfGE 105, 252 – Glykol.

<sup>313</sup> BVerfGE 148, 40 (51, Rn. 29) – LFGB: „informationellen Grundlagen von Konsumentscheidungen zu verändern“; „gegebenenfalls vom Vertragsschluss mit den benannten Unternehmen abzusehen“.

<sup>314</sup> Ähnlich i. E. auch die Ansicht, die unternehmerische Tätigkeit des Staates nicht als Grundrechtseingriff für die privaten Konkurrent:innen sieht, da es sich nur um eine „systemimmanente Verschärfung des Konkurrenzdrucks“ handle; s. *Kämmerer*, in: Münch/Kunig/Kämmerer et al. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 12, Rn. 50.

<sup>315</sup> Vgl. *Möllers*, NJW 2005, 1973 (1275). Ebenso kritisch mit Blick auf den Wettbewerb *Cornils*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR VII, 2009, § 168, Rn. 79. Hiergegen grds. *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 84: „Ebenso [wie Handlungsunrecht] scheiden generelle Einschränkungen der Staatsverantwortung mit Rücksicht auf einen allg. begrenzten Schutzzweck der Norm aus“.

<sup>316</sup> *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2705 (2712).

<sup>317</sup> *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2705 (2712).

<sup>318</sup> *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2705 (2712).

licher Freiheit kein überzeugender Ansatz ist, zeigt sich an ihrem Widerspruch zum individualistischen Menschenbild des Grundgesetzes.<sup>319</sup> Das Grundgesetz stellt die Einzelnen in den Mittelpunkt, betrachtet sie als Selbstzweck und gerade nicht als Diener:innen der Interessen der Gemeinschaft.

Besonders deutlich macht den Widerspruch des Ordnungszielansatzes mit der freiheitlichen Konzeption der Grundrechte ein *argumentum a fortiori*: Zu Ende gedacht würde das Ordnungsziel ‚freier Markt‘ es dem Staat nicht nur erlauben, Information zum Ausgleich von ‚Informationsdefiziten‘ bereitzustellen. Die Eingriffsausnahme müsste für jede andere Form der Wettbewerbssicherung bzw. Markteffizienzsteigerung gelten. Dies beträfe die Korrekturen anderer Formen des Marktversagens, etwa der Marktmacht oder externer Effekte<sup>320</sup> – oder des behavioristischen Marktversagens. Zerschlagungen, Verbrauchssteuern, CO<sub>2</sub>-Zertifikate und De-Biasing-Maßnahmen entpuppten sich als ordnungszielkonform hinzunehmende, dem Funktionieren des Wettbewerbs untergeordnete, eingriffsfreie Grundrechtsverkürzungen. Der Ordnungszielansatz legitimiert mithin potenziell eine Bandbreite möglicher Maßnahmen, die klare Eingriffe in Grundrechte darstellen müssen, um das Freiheitsverständnis des Grundgesetzes nicht aufzugeben.

#### 4. Zwischenergebnis

Die Untersuchung zeigt, dass für Eingriffe in die innere Sphäre der moderne Eingriffsbegriff maßgeblich ist. Hiernach liegt ein Eingriff dann vor, wenn der Staat die grundgesetzlich geschützte Freiheit der Einzelnen verkürzt (*direkter Eingriff*). Dies entspricht der Erfolgsunrechtsperspektive des abwehrrechtlichen Gehalts der Grundrechte. Wirkt der Staat in die innere Sphäre ein und beeinflusst so die Entscheidungsfindung, verkürzt er die innere Autonomie in Form der Prozessautonomie. Beispiele hierfür sind die rein innerlich wirkenden Steuerungsmittel: Der Staat greift in die innere Sphäre der Grundrechte ein, wenn er Rationalitätsdefizite ausnutzt, sei es, indem er sie aktiviert oder abschwächt (De-Biasing), sowie wenn er Information bereitstellt.

Der Eingriff entfällt nicht mit dem Argument, dass De-Biasing oder Information grundrechtliche Freiheit erweitern. Ein derartiger Ordnungszielansatz ist abzulehnen. Er folgt einer unzulässigen utilitaristischen Konzeption grundrechtlicher Freiheit und erlaubt potenziell weitreichende eingriffsfreie Verkürzungen individueller Abwehrrechte. Mit Blick auf die Korrektur von Rationalitätsdefiziten ginge der Ordnungszielansatz im Ergebnis den Weg, das Ideal vernünftigen bzw. rationalen Entscheidens zum normativen Ziel zu erheben. Damit verkennt er zugleich den grundrechtlichen Eigenwert unbeeinflussten Entscheidens sowie das verfassungsrechtliche Menschenbild in seiner ideellen

<sup>319</sup> S. oben § 2 B. I. 1.

<sup>320</sup> In diese Richtung Murswiek, NVwZ 2003, 1 (4).

Komponente. Derartige Einwirkung auf die Einzelnen widersprechen vielmehr dem abwehrrechtlichen Freiheitsanspruch.

Konkret bedeuten die vorangegangenen Überlegungen, dass etwa staatlich gewählte Voreinstellungen eindeutig in die innere Sphäre eingreifen. Stellt der Staat zum Beispiel die Regelung zur Organspende von einer Zustimmungsauf eine Widerspruchslösung um, gestaltet er damit eine Entscheidungsumgebung, die eine Voreinstellung nutzt. Voreinstellungen wiederum sprechen den *Default Bias* im menschlichen Entscheidungsvorgang an.<sup>321</sup> Eben hierdurch greift der Staat in die innere Sphäre des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG) ein.<sup>322</sup> Die Ablehnung des Ordnungszielansatzes bedeutet zudem, dass der Eingriff nicht deshalb entfällt, weil die Regelung die Einzelnen in die Richtung ihrer eigentlichen Präferenzen lenkt – dass die Mehrheit der Bevölkerung bereit ist, Organspender:in zu sein, ohne tatsächlich einen Spender:innenausweis zu besitzen, ist für das Vorliegen eines Eingriffs ohne Belang.

### III. Einschränkungen des weiten, modernen Eingriffsverständnisses?

Ist die Freiheitsverkürzung am Schutzgut ausgerichtet zu bestimmen, führt dies zu einem weit gezogenen Eingriffsbereich.<sup>323</sup> Wirkt der Staat auf den Entscheidungsprozess ein, greift er in die innere Sphäre ein – gleich ob er sich verhaltenswissenschaftlicher Mittel oder Information bedient. Ein derart weit gezogener Eingriffsbereich folgt unmittelbar aus der auswirkungsorientierten Perspektive des modernen Eingriffsbegriffs. Verschiedene Ansichten kritisieren dies als zu weitgehend.<sup>324</sup> Gilt es also, hier Beschränkungen einzuziehen? In Betracht kommen neben allgemeinen Einschränkungen (unten 1.) solche für finale (unten 2.) und für nicht-finale (unten 3.) Eingriffe.

#### 1. Allgemeine Einschränkungen?

Zwei zentrale Argumente stehen im Raum, nach denen ein Eingriff in die innere Sphäre allgemein auszuschließen sei: die Offenheit von Einflüssen (unten a)) sowie die Unvermeidbarkeit der Steuerung (unten b)).

<sup>321</sup> S. oben § 1 A. II. 2. b) i) (a).

<sup>322</sup> Dies übersieht die gegenwärtige Literatur zur Widerspruchslösung, etwa *Hufen*, NVwZ 2019, 1325 (1327).

<sup>323</sup> S. grds. zum modernen Eingriff *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2019, 313 (314).

<sup>324</sup> Vgl. etwa *Bethge*, in: *Bethge/Weber-Dürler* (Hrsg.), VVDStRL 57, 1998, S. 8, 37 ff.; *Peine*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 57, Rn. 43 ff.; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Vorb. v. Art. 1, Rn. 126 f.; *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2019, 313 (313 f.).

## a) Ausschluss ‚offener‘ Einflüsse?

Am naheliegendsten erscheint es, einen Eingriff abzulehnen, wenn die Beeinflussung vermeintlich ‚offen‘ zu Tage tritt. Ein Eingriff wäre danach zu differenzieren, ob der Einfluss offen oder verdeckt (bzw. heimlich) stattfindet. Dies vertreten gerade die Proponent:innen des Nudging.<sup>325</sup> Problematisch ist hieran bereits, dass wenig klar scheint, was das offene bzw. verdeckte Element der Steuerung ist. In Betracht kommen verschiedene Anknüpfungspunkte wie das Mittel, der Wirkmechanismus oder die Absicht des Einflusses.<sup>326</sup> Würde die Offenheit des Mittels einen Einfluss ausschließen, wäre gleichwohl fast kein Fall denkbar, bei dem diese Einschränkung nicht griffe. Denn die Gestaltung der Entscheidung, etwa die Vorauswahl einer Option, ist stets offen ersichtlich. *Vice versa* sind der Wirkmechanismus – etwa der *Default Bias* – und die eventuellen subjektiven Interessen der Entscheidungsgestalter:innen – mithin ihre Intention, das Gegenüber zu lenken – zumeist verborgen. Ginge es um den Wirkmechanismus oder das subjektive Element, läge folglich zumeist ein Eingriff vor. Dem Merkmal der Offenheit kommt so keine Differenzierungskraft zu.

Weiterhin ist unklar, *warum* eine diesbezügliche Offenheit einen Eingriff entfallen lassen sollte.<sup>327</sup> In rechtlicher Hinsicht widerspricht der Ansatz einem auswirkungsorientierten Eingriffsverständnis. Dies zeigt gerade ein Vergleich mit der äußeren Sphäre: Dort haben nicht nur verdeckte oder heimliche Einwirkungen Eingriffscharakter. *Heimlichkeit* mag die Rechtsfertigungsanforderungen zwar erhöhen.<sup>328</sup> Insofern begreift gerade das BVerfG bei heimlichen Maßnahmen „übergreifende Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle“<sup>329</sup> als besonders wesentlich für die

<sup>325</sup> Hierfür *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 255 ff. Auch *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2021, S. 327 f., stellen auf Transparenz ab, j.d. i. S. v. *Rawls* „publicity principle“, das i. E. eine gänzlich andere Stoßrichtung hat; hierzu *Hansen/Jespersen*, Eur. J. Risk Reg. 4 (2013), 3 (16 f.), sowie unten Zweiter Teil, Fn. 331.

<sup>326</sup> S. oben § 1 A. III. 1. Nach *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 255 f., ist entscheidend, dass „erwartbarerweise die Steuerung des Entscheidungsprozesses einem erheblichen Teil der Betroffenen nicht bewusst wird“ – festzustellen sein soll dies nach einer objektiven Bewertung, nicht nach (subjektiver) Unbewusstheit. Doch ist das Bezugskriterium „Steuerung“ (bzw. „Beeinflussung“) unklar. Gemeint ist wohl der Umstand, dass eine (zielgerichtete) Einwirkung auf eine Entscheidung stattfindet – Kriterien wären also Steuerungseffekt und -absicht; vgl. *ebd.*, S. 256: „dispositive Regel gerade mit dem Ziel gestaltet wurde, ein bestimmtes Ergebnis herbeizuführen“. Ähnlich *Hansen/Jespersen*, Eur. J. Risk Reg. 4 (2013), 3 (17 f.).

<sup>327</sup> Zudem ist auch nicht klar, wie derartige Offenheit zu erreichen sein soll – Transparenz als Lösung ist schwer umsetzbar; s. hierzu unten § 6 C. II. 1.

<sup>328</sup> Vgl. etwa jüngst BVerfGE 154, 152 (238, Rn. 137) – BND: gesteigerte Anforderungen für Normenklarheit und Bestimmtheit; *ebd.*, 241, Rn. 147: vertiefter Eingriff mit erhöhten Rechtsfertigungsanforderungen; *ebd.*, 287, Rn. 267: Benachrichtigungspflichten; vgl. auch BVerfGE 141, 220 (264 f., Rn. 92; 265, Rn. 94; 283, Rn. 136) – BKA-Gesetz, sowie BVerfGE 150, 244 (269, Rn. 53; 285, Rn. 101) – Kennzeichenerfassung II: „heimliche Überwachungsmaßnahmen, die eine besonders hohe Eingriffsintensität haben“.

<sup>329</sup> BVerfGE 150, 244 (285, Rn. 101) – Kennzeichenerfassung II.

Verhältnismäßigkeit. Doch bedeutet dies im Umkehrschluss nicht, dass offene Maßnahmen ihren Eingriffscharakter verlieren.<sup>330</sup>

Betrachtet man die philosophische Fundierung der Autonomie, ist Offenheit zudem nicht unmittelbar bedeutend für die Authentizitäts-Autonomie.<sup>331</sup> Zwar mag es mit *Hacker* stimmen, dass nur eine offene bzw. erkannte Beeinflussung die Möglichkeit eröffnet, hiergegen „eine kritische Haltung zu beziehen“<sup>332, 333</sup>. Umgekehrt folgt aber nicht, dass die Offenheit dazu führt, dass die Einzelnen ihren so beeinflussten Entscheidungsprozess als authentisch empfinden.<sup>334</sup> Authentizität ist vielmehr nur dann gegeben, wenn die Einzelnen den Einfluss abwenden oder zumindest abwenden könnten, ihn aber übereinstimmend mit dem eigenen Prozessverständnis nicht abwehren.<sup>335</sup> Gerade der Vergleich mit äußeren Einflüssen bestätigt diese Wertung. Denn ein Zwang oder ein Anreiz knüpfen ihre Verwerflichkeit nicht an ihre Verdecktheit. Ein Eingriff liegt vielmehr vor, wenn sich die Einzelnen dem Zwang oder dem Anreiz beugen müssen – sie sich deren Lenkungswirkung nicht zu eigen machen.

Schließlich hebt Offenheit die Lenkungswirkung auch praktisch nicht auf. Mit Blick auf verhaltensökonomisch wirksame Steuerungsmittel zeigt sich, dass Offenheit nicht zu mehr Präferenzgerechtigkeit führt. Langfristig kann Offenheit die Lenkungswirkung wohl abschwächen, da ein gewisser Lernprozess eintritt.<sup>336</sup> Dieser Effekt zeigt sich jedoch nicht immer und vor allem nicht *ad hoc*. Dies erkennen Vertreter:innen der Offenheits-These an: Ihr zentrales Argument ist, dass Offenheit moralische Verwerflichkeit, *nicht* aber praktische Wirksamkeit beseitigt.<sup>337</sup> Insofern stützen (verhaltens-)ökonomische Erkenntnisse die Offenheits-These nicht.

<sup>330</sup> So sind auch öffentlich zugängliche Informationen geschützt; BVerfGE 150, 244 (264 f., Rn. 39) – Kennzeichenerfassung II.

<sup>331</sup> Insofern geht auch *Rawls* „publicity principle“, wonach der Staat keine Maßnahmen ergreifen darf, die er nicht bereit ist, öffentlich zu rechtfertigen („bans government from selecting a policy that it would not be able or willing to defend publicly to its own citizens“, *Rawls*, *A Theory of Justice*, 1971, S. 49), hier an der Sache vorbei, da dieses nicht auf die individuelle Ebene abstellt.

<sup>332</sup> *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 256; vgl. zum hiernach maßgeblichen „independent procedure requirement“ oben Erster Teil, Fn. 200.

<sup>333</sup> *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 257: Hiernach „muss es genügen, wenn (1.) eine kritische Reflexion der Handlung und des Entscheidungsprozesses durch den Akteur jederzeit *möglich* ist und (2.) auch gelegentlich von ihm *tatsächlich* durchgeführt wird“ (Hervorheb. i. Org.).

<sup>334</sup> Anders wohl *Hansen/Jespersen*, *Eur. J. Risk Reg.* 4 (2013), 3 (23 f.), die jd. i. E. zum einen Manipulation bereits entsprechend definieren, *ebd.*, 18, zum anderen eine Effizienzargumentation vertreten, *ebd.*, 23 f.

<sup>335</sup> Gleichwohl ist die Verdecktheit gerade von Mittel, Wirkmechanismus oder Absicht ein Indikator für eine nicht-authentische Entscheidung. Denn Verdecktheit macht Authentizität grds. unmöglich.

<sup>336</sup> S. oben Erster Teil, Fn. 247.

<sup>337</sup> Vgl. etwa *Hacker*, in: *Micklitz/Sibony/Esposito* (Hrsg.), *Consumer Law*, 2018, S. 77, 111.

### b) Unvermeidbarkeit von Steuerung?

Die Befürworter:innen des Nudging (und damit des liberalen Paternalismus) argumentieren zudem, dass Paternalismus unvermeidbar sei.<sup>338</sup> Genau genommen geht dies an der Sache vorbei: Nicht (zweckgerichteter) Paternalismus ist hiernach unvermeidbar, sondern die aus Entscheidungsumgebungen folgende Steuerung.<sup>339</sup> In Grundzügen trifft dies zu. Jede Entscheidung ist in eine Entscheidungsumgebung eingebettet, die potenziell steuernd wirkt.<sup>340</sup> Bei der Organspende wohnt so der Zustimmungswie der Widerspruchslösung ein *Default Effect* inne. Andererseits bedeutet dies nicht, dass *jede* Steuerung damit gleich zu behandeln und rechtlich unproblematisch ist. Auf tatsächlicher Ebene ist die Unvermeidbarkeit jedenfalls nicht absolut. Denn das ‚Wie‘ (inklusive des ‚Wohin‘) der Steuerung ist nicht vorgegeben.<sup>341</sup> Die Entscheidungsarchitekt:innen können sowohl den Grad der Steuerung als auch deren Richtung verändern.<sup>342</sup> So liegt es in ihrer Hand, welche von zwei Optionen vorausgewählt ist. Teilweise ist zudem das ‚Ob‘ der Steuerung vermeidbar: Statt eine Voreinstellung zu wählen, können Entscheidungsarchitekt:innen einen Entscheidungszwang oder eine Festlegung durch (verbindliches) Recht wählen.<sup>343</sup> Unvermeidbarkeit besteht auf tatsächlicher Ebene also allenfalls teilweise. Zudem sagt die tatsächliche teilweise Unvermeidbarkeit nichts über die *normative Ebene* aus. Eine scheinbar unvermeidbare Steuerung kann rechtlich unzulässig sein.<sup>344</sup> Dies gilt hinsichtlich des ‚Ob‘ wie auch des ‚Wie‘. Beide sind normativ gesondert von der tatsächlichen Vermeidbarkeit zu betrachten. Erst die normative Wertung kann ergeben, welche Schutzmaßnahmen gegebenenfalls zu treffen sind.

## 2. Für finale Eingriffe

Eine weitere wesentliche Stellschraube für die Frage, ob eine Einwirkung in die innere Sphäre einen Eingriff in Grundrechte darstellt, kann die Finalität der Maßnahme sein – mithin der staatliche Zweck der Maßnahme.

<sup>338</sup> Thaler/Sunstein, Am. Econ. Rev. 93 (2003), 175 (177): „inevitability of paternalism“.

<sup>339</sup> S. auch Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 271; wohl auch Gebhardt, Verhaltensökonomische Steuerungsinstrumente, 2022, S. 256 ff., 329 ff.

<sup>340</sup> Entsprechend das Beispiel bei Thaler/Sunstein, Am. Econ. Rev. 93 (2003), 175 (177).

<sup>341</sup> Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 273.

<sup>342</sup> Zudem sind die unten, § 6 C. I. 2., besprochenen Strategien im Umgang mit Rationalitätsdefiziten, insbes. das direkte De-Biasing, ggf. wirksame Mittel, um Entscheidungslenkung in ansonsten lenkenden Entscheidungsumgebungen zu vermeiden.

<sup>343</sup> Dies übersieht Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 271 ff., wenn er nur „required active choosing“ als Ausweg aus dem „Ob“ anspricht; s. hierzu auch unten § 6 C. II. 5.

<sup>344</sup> Zu staatlicher Steuerung Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 273, m. w. N.; anders anscheinend Tobisch, Dispositives Recht, 2021, S. 245 f.

### a) Finalität genügt für Eingriff

Dass Finalität einen Einfluss darauf hat, ob ein Eingriff nach dem modernen Verständnis vorliegt, ist nicht selbsterklärend.<sup>345</sup> Denn das moderne Eingriffsverständnis nimmt eine Erfolgsunrechtsperspektive ein. Liegt Finalität vor, überlagert die Handlungsunrechtsperspektive jedoch gleichsam den Erfolgsunrechtsansatz. Denn hier rückt die staatliche Maßnahme in die Nähe des klassischen Eingriffs. Zwar fehlt es an dem Mittel des Verbots als Transmissionsriemen zwischen staatlichem Lenkungswillen und Adressat:innen. Imperativität ist aber für die Feststellung eines Eingriffs nicht zentral, da sie sich in einer Fiktion der Freiheitsverkürzung erschöpft.<sup>346</sup> Hinsichtlich des Handlungsunrechts entspricht der finale faktische dem klassischen Eingriff, denn sie sind beide auf die Verwirklichung eines Erfolgs gerichtet.<sup>347</sup> Daher ist anzuerkennen, dass – bei vorhandener Verkürzung im obigen Sinne – ein Eingriff vorliegt, wenn es sich um eine „gezielt verkürzende staatliche Intervention“<sup>348</sup> handelt, wenn also Finalität vorliegt.<sup>349</sup>

### b) Vorliegen von Finalität

Die staatliche Einwirkung in ein grundrechtliches Schutzgut ist dann final, wenn der Staat sie zielgerichtet vornimmt.<sup>350</sup> Hinsichtlich der inneren Sphäre ist vereinfacht gesagt entscheidend, dass der Staat dahin zielt, auf den Entscheidungsprozess einzuwirken bzw. diesen zu verändern. Eine derart zielgerichtete Einwirkung liegt jedenfalls vor, wenn der Staat *bezweckt*, freiwillige, rationale Entscheidungen herzustellen – er also einer weich-paternalistischen

<sup>345</sup> I. E. auch *Tobisch*, Dispositives Recht, 2021, S. 241.

<sup>346</sup> S. oben § 2 C. I.

<sup>347</sup> *Kämmerer*, in: Münch/Kunig/Kämmerer et al. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 12, Rn. 90; auch *Murswiek*, DVBl 1997, 1021 (1025). Anders *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, 1970, S. 23, der auf eine „spezifische Relation zwischen staatlicher Handlung und Beeinträchtigung, die darin besteht, daß die Beeinträchtigung schon in der staatlichen Handlung angelegt ist“, abstellt.

<sup>348</sup> *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 200, Rn. 93.

<sup>349</sup> Vgl. etwa *Weber-Dürler*, in: Bethge/Weber-Dürler (Hrsg.), VVDStRL 57, 1998, S. 57, 85 f., 90, m. w. N.; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Vorb. v. Art. 1, Rn. 126; *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR II, 2006, § 38, Rn. 21. Vgl. zur Art. 12 GG-Dogmatik etwa *Kämmerer*, in: Münch/Kunig/Kämmerer et al. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 12, Rn. 90 f. Zur Finalität aus Zurechnungsperspektive vgl. *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2019, 313 (313); auch *Petersen*, ZöR 67 (2012), 459 (468), mit Blick auf mittelbare Wirkungen; so auch *O'Hara*, AöR 145 (2020), 133 (178 f.). A. A. wohl *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 80, Rn. 53; *Tobisch*, Dispositives Recht, 2021, S. 241. Etwas unklar BVerfGE 105, 252 (273) – Glykol, wonach ein Eingriff vorliegt, wenn eine Maßnahme „in der Zielsetzung und ihren Wirkungen Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre“. Die Zielgerichtetheit betont das BVerfG gerade in neueren Entscheidungen zu Informationsmaßnahmen im Wettbewerb, s. BVerfGE 148, 40 (51 f., Rn. 29) – LFGB, als auch zur politischen Öffentlichkeitsarbeit, BVerfG, NJW 2020, 2096 (2098, Rn. 51) – Seehofer.

<sup>350</sup> *Ruschmeier*, Additiver Grundrechtseingriff, 2019, S. 87.

Motivation folgt. Denn dann zielt der Staat gerade darauf, den Entscheidungsprozess zu beeinflussen. Auch die Aufklärung – also die Informationsgabe – verfolgt diesen Ansatz. Weniger eindeutig ist die Lage, wenn eine Maßnahme liberal-paternalistisch ist, der Staat also Rationalitätsdefizite als Mittel zu einem sonstigen Zweck ausnutzt – etwa um die Organspender:innenrate oder den Gesundheitsschutz zu verbessern. Die Einwirkung auf den Entscheidungsprozess ist hier gleichwohl zielgerichtet. Wählt der Staat eine Entscheidungsgestaltung, weil er davon ausgeht, dass diese beeinflusst, wie Betroffene entscheiden, handelt er mit einer konkreten Steuerungsabsicht. Dies ist dann besonders evident, wenn die Gestaltung bewusst Nudging-Techniken einsetzt, etwa basierend auf Erkenntnissen der einschlägigen Forschung sowie spezieller *Behavioral Insights Units*.<sup>351</sup>

### 3. Für nicht-finale Eingriffe: Wirkungsschwelle

Doch gibt es Situationen, in denen Finalität entweder nicht nachweisbar ist, oder nicht vorliegt – etwa, wenn eine KI damit beauftragt ist, Interface Designs auf ihre Wirksamkeit zu testen und zu optimieren. Finalität ist nach der erfolgsunrechtsorientierten Perspektive des modernen Eingriffsbegriffs jedoch keine notwendige Bedingung für einen Eingriff und damit für staatliche Verantwortung.<sup>352</sup> Gleichwohl könnte es in diesem Fall einer Begrenzung für nicht-finale Eingriffe in die innere Sphäre bedürfen. Weithin ungeklärt ist, worin eine solche Begrenzung liegen soll.

#### a) Intensitätsschwelle?

Für Freiheitsverkürzungen in die äußere Sphäre ist strittig, ob sie stets als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff zu sehen sind. Bei klassischen Eingriffen ist dies jedenfalls im Rahmen einer Fiktion der Fall. Bei ‚modernen Eingriffen‘ hingegen steht insbesondere eine Intensitätsschwelle in der Diskussion.<sup>353</sup>

<sup>351</sup> S. oben Einleitung, Fn. 7.

<sup>352</sup> Grds. h. M., vgl. etwa *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 81, 86. A. A. *Weber-Dürler*, in: Bethge/Weber-Dürler (Hrsg.), VVDStRL 57, 1998, S. 57, 60, 90, m. w. N.; *Murswiek*, *Der Staat* 45 (2006), 473 (493).

<sup>353</sup> Etwa *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 200, Rn. 95 („Erheblichkeitsschwelle“); *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR II, 2006, § 38, Rn. 21 („Eingriffsschwelle“); *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 80, Rn. 49; in diese Richtung auch *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2019, 313 (314); *Szczekalla*, Grundrechtliche Schutzpflichten, 2002, S. 309 f., m. w. N., zu einem „Bagatellvorbehalt“. Vgl. auch die a. A., die – wenig überzeugend – davon ausgeht, dass es sich hier um eine Frage des Schutzbereichs handelt, *Petersen*, ZöR 67 (2012), 459 (462).

## aa) Grundsätzliche Einwände gegen Intensitätsschwelle

Eine Intensitätsschwelle – etwa in Form einer „erhöhte[n] Betroffenheitsintensität“<sup>354</sup> oder eines Eingriffs von „ausreichendem Gewicht“<sup>355</sup> – bzw. ein Bagatellvorbehalt<sup>356</sup> überzeugen aus grundsätzlichen Erwägungen heraus nicht.<sup>357</sup> Das Grundgesetz stellt alle Grundrechtsverkürzungen unter Rechtfertigungsvorbehalt – sieht sie mithin als Eingriff an.<sup>358</sup> Entscheidend hierfür ist die Grundeinsicht, dass es bei der Frage, ob eine staatliche Maßnahme als Grundrechtseingriff zu bewerten ist, auf die Betroffenen- bzw. die Erfolgsunrechtsperspektive ankommt.<sup>359</sup> Danach ist jede Verkürzung als Eingriff begründungsbedürftig.<sup>360</sup> Zudem wäre es praktisch nahezu unmöglich, ‚unwesentliche‘ Eingriffe handhabbar von ‚wesentlichen‘ abzuschichten.<sup>361</sup> Eine Verkürzung ist stets graduell, eine untere Schwelle gerät so leicht willkürlich. In diese Richtung scheint das BVerfG zu tendieren, wenn es in der *Kennzeichenerfassung II*-Entscheidung eine sehr geringe individuelle Eingriffsschwere als Eingriff genügen lässt. Zutreffend hält es fest, dass dieser Umstand vielmehr „bei der materiellen Gewichtung des Eingriffs im Rahmen einer Gesamtbeurteilung zu berücksichtigen“<sup>362</sup> ist.

## bb) Besonderheiten bei dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten?

Gleichwohl eine Intensitätsschwelle bzw. ein Bagatellvorbehalt grundsätzlich abzulehnen sind, finden sich Stimmen, die für Einwirkungen auf die innere Sphäre ebensolche Begrenzungen des Eingriffs vorsehen wollen. So soll ein Eingriff erst dann vorliegen, wenn Maßnahmen dem „Adressaten keinen eigenen

<sup>354</sup> Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 2, Rn. 20.

<sup>355</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 2022, Art. 2, Rn. 10, m. w. N.; etwas anders ders., in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR II, 2006, § 38, Rn. 21.

<sup>356</sup> Anders solche Stimmen, die auf eine Mischbetrachtung abstellen. Hiernach soll es auf das „Maß und die Absehbarkeit der Betroffenheit“, *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 39. Erg.-Lfg. (Jul 2001), Art. 2 Abs. 1, Rn. 49, oder die „Erfüllung besonderer, qualifizierender Kriterien wie Intensität, Finalität oder Intentionalität“, *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Art. 2 Abs. 1, Rn. 50, ankommen.

<sup>357</sup> Vgl. auch die Sonderdogmatik der Berufsfreiheit, wonach die „spürbaren tatsächlichen Auswirkungen“, *Kämmerer*, in: Münch/Kunig/Kämmerer et al. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 12, Rn. 91, oder der Umstand, dass eine „Beeinträchtigung einigermaßen erheblich“, *Manssen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 12, Rn. 79 (allg. zu Realakten), ist, als Schwellen in Betracht kommen.

<sup>358</sup> Hierfür *Weber-Dürler*, in: Bethge/Weber-Dürler (Hrsg.), VVDStRL 57, 1998, S. 57, 87; *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 200, Rn. 95; *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 260.

<sup>359</sup> Hierzu *Weber-Dürler*, in: Bethge/Weber-Dürler (Hrsg.), VVDStRL 57, 1998, S. 57, 75 f.

<sup>360</sup> *Lüdemann*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 65, Rn. 27.

<sup>361</sup> *Bethge*, in: Bethge/Weber-Dürler (Hrsg.), VVDStRL 57, 1998, S. 8, 45.

<sup>362</sup> BVerfGE 150, 244 (269, Rn. 53) – Kennzeichenerfassung II.

Reflexions- und Entscheidungsspielraum belassen<sup>363</sup> oder gar „zwangsgleiche Intensität“<sup>364</sup> erreichen.<sup>365</sup>

Ein Grund für eine (hohe) Eingriffsschwelle könnte darin liegen, dass Einflüsse auf die innere Sphäre alltäglich sind – eine niedrige oder gar keine Eingriffsschwelle mithin dazu führen würde, dass der Eingriffsbereich ausuferet.<sup>366</sup> Diese Alltäglichkeit manifestiert sich scheinbar – gerade wegen der Gemeinschaftsgebundenheit des Menschen – in kommunikativen Einflüssen, etwa über das Internet, das Fernsehen oder im privaten Umfeld. Zugleich scheint dies auch für Entscheidungsumgebungen zuzutreffen: Jede Entscheidung ist in ein gewisses Umfeld eingebettet, das – gezielt oder nicht – Entscheidungen beeinflusst.<sup>367</sup> Dies betrifft nicht nur privat gesetzte Entscheidungsumgebungen – von der Anordnung der Waren an der Supermarktkasse bis zur Entscheidung über Fitnessstudioverträge. Auch der Staat setzt und gestaltet Entscheidungsumgebungen, etwa bei Gerichts- und Verwaltungsverfahren<sup>368</sup> oder durch die Anordnung dispositiven Rechts<sup>369</sup>.

Trotz der Alltäglichkeit von Einflüssen auf den Entscheidungsprozess ist es wenig überzeugend, hieraus zu schließen, dass sich staatliche Einflüsse auf die innere Sphäre pauschal der grundrechtlichen Rechtfertigungsanforderung ent-

<sup>363</sup> Goos, *Innere Freiheit*, 2011, S. 177.

<sup>364</sup> Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 94. Zur Verhaltensökonomie Tobisch, *Dispositives Recht*, 2021, S. 246. So auch Böker, Nudge, 2021, S. 134. Zur Meinungsfreiheit Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 68. Erg.-Lfg. (Jan 2013), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 77: „frei von staatlichem Zwang und Zugriff“; sowie zur Religionsfreiheit Morlock, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 4, Rn. 63: „Schutz der inneren Vorstellungen“, der „jede Art von Zwangseinwirkung“ verbietet, insbes. „Glaubenszwang, Indoktrination und Gehirnwäsche“.

<sup>365</sup> Ähnlich Faber, *Innere Geistesfreiheit*, 1968, S. 69, nach dem die innere Freiheit nur durch solche „Suggestionen“ verletzt sei, „die vom Individuum nicht mehr beherrscht werden können“. Beherrschbarkeit wiederum liege vor, wenn sich das „Individuum die Suggestion [in der konkreten Situation] durch Zuwendung der Aufmerksamkeit bewußt machen“ kann („abstrakte Erkennbarkeit“), etwa indem es „konkurrierende Informationsquelle[n]“ heranzieht, *ebd.*, S. 80 ff.

<sup>366</sup> Zudem vertritt Kolbe, *Staatliche Gesundheitssteuerung*, 2017, S. 228, die Ansicht, dass Information eingriffsfrei sei und deswegen mit ihr im Zusammenhang stehende Steuerungen auch eingriffsfrei sein müssten: Eine „Trennung von nüchternen Tatsachen und wertenden Elementen [sei] nicht möglich“. Hiergegen spricht jd. bereits, dass eben auch Information in die innere Sphäre eingreift. Hierfür liefert Kolbe, *ebd.*, sogleich selbst das Argument, wenn sie festhält, dass die „Darlegung von Tatsachen und Argumenten [...] stets auch einstellungsprägend und selten wertungsfrei möglich“ ist. Etwas anders gelagert vertritt Gerg, *Nudging*, 2019, S. 101, einen „je-desto“ Ansatz: „Je drastischer die Darstellung und die Platzierung der Information sind, umso näher liegt es, einen Grundrechtseingriff zu bejahen“.

<sup>367</sup> S. oben § 2 C. III. 1. a).

<sup>368</sup> Vgl. zu den verhaltensökonomischen Implikationen etwa davon, dass der Schlussvortrag der Staatsanwaltschaft vor dem der Verteidigung stattfindet, Nink, *Justiz und Algorithmen*, 2021, S. 55 ff.

<sup>369</sup> S. oben Erster Teil, Fn. 125; Böker, Nudge, 2021, S. 135 ff.; Cremer, *Freiheitsgrundrechte*, 2003, S. 497; Möslin, *Dispositives Recht*, 2011, S. 382 ff.

ziehen.<sup>370</sup> Dem Staat muss insofern nicht erlaubt sein, was zwischen Privaten erlaubt ist.<sup>371</sup> Im Gegenteil: Staatliches Handeln ist grundrechtsgebunden, das Privater nicht.<sup>372</sup> Zudem kann aus der Ubiquität einer Beeinträchtigung nicht auf ihre Zulässigkeit geschlossen werden. Vielmehr ist ausgehend vom Schutzgut der inneren Autonomie und dem Rational der Eingriffsdogmatik zu beantworten, ob dieser Beobachtung eine normative Kraft zukommt. Die Eingriffsdogmatik ist an der Vorstellung vom Erfolgsunrecht konzipiert und darauf gerichtet, tatsächliche Freiheitsverkürzungen zu erfassen und damit unter Rechtfertigungsvorbehalt zu stellen. Die Alltäglichkeit von Einflüssen ist damit kein Argument, eine Eingriffsschwelle (hoch) anzusetzen.<sup>373</sup> Im Ergebnis findet sich so kein überzeugender Anlass dafür, bei Eingriffen in die innere Sphäre eine besondere Intensitätsschwelle vorzusehen.<sup>374</sup>

### b) Steuerungswirkung zur Eingriffsermittlung

Der Eingriff in die innere Sphäre kennt keine Intensitätsschwelle für die minimal notwendige Beeinflussungswirkung. Anders gewendet: Die auf den Entscheidungsprozess einwirkende, ihn ablenkende Kraft muss nur größer Null sein, um als Eingriff zu gelten. Diese Erkenntnis mündet in der Herausforderung, eine solche *Einwirkung darzutun*, um einen Eingriff festzustellen.

<sup>370</sup> A. A. etwa *Kolbe*, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 228. Aus philosophischer Warte scheint dies etwa *Frankfurt*, in: Buss/Overton (Hrsg.), *Contours of Agency*, 2002, S. 27, anzunehmen: Er spricht dabei dem Entscheidungsprozess eine eigene Autonomiebedeutung ab, jd. in Bezug auf moralische Verantwortung; hierfür gilt, wie dargelegt, ein anderer Autonomiemaßstab (oben § 1 B.I.1.).

<sup>371</sup> S. unten § 4 A., zum Grundrechtsschutz von Entscheidungsarchitekturen. Dies scheint *Kolbe*, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 231 f., zu übergehen.

<sup>372</sup> Statt vieler *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Art. 1 Abs. 3, Rn. 38; *Kempfen*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR II, 2006, § 54, Rn. 69.

<sup>373</sup> So i. E. auch *Böker*, Nudge, 2021, S. 155.

<sup>374</sup> In diese Richtung bereits frühe Äußerungen von *Herzog*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 27. Erg.-Lfg. (1988, Voraufgabe), Art. 4, Rn. 55, 71, 76. Die jüngere Literatur, die sich spezifisch mit modernen Mitteln, vor allem aber auch modernen Erkenntnissen zur Wirkung der Einflussnahme beschäftigt (insbes. also dem Nudging), scheint ebenso (wieder) eine sehr niedrige Schwelle anzuwenden. So liegt nach *Kolbe*, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 227, ein Eingriff dann vor, wenn die Einzelnen nicht mehr „selbst [ihre] Wertvorstellungen und Präferenzen bestimmen und über sie disponieren“ können. Nach *Kreßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 257, liegt bereits bei einem „nicht völlig unerheblichen Einfluss auf den Willensbildungsprozess des Einzelnen“ ein Eingriff vor. Hingegen sei alleine „staatliche Beeinflussung“, die „als alltägliche Lästigkeit den Einzelnen in seiner inneren Freiheit nicht zu beeinträchtigen vermag“, kein Eingriff, *ebd.*, S. 256. Nach *Gerg*, Nudging, 2019, S. 106, ist die Schwelle überschritten, wenn der „Adressat nicht mehr aus eigener Überzeugung, sondern etwa aus Angst, Trägheit oder Unwissenheit handelt“.

## aa) Das Wissensproblem

Problematisch ist, dass es sich bei dem Entscheidungsprozess um eine innere Vorgang handelt, die der direkten Beobachtung nicht zugänglich ist.<sup>375</sup> Es stellt sich mithin die Frage, wie zu ermitteln ist, ob eine Einwirkung auf den Entscheidungsprozess vorliegt und wie intensiv diese gegebenenfalls ist. Insofern besteht ein „Wissensproblem“<sup>376</sup> dahingehend, ob bei den Entscheider:innen Rationalitätsdefizite existieren sowie in welcher Richtung und Intensität diese im Falle eines äußeren Einflusses wirken.<sup>377</sup> Um die Problemlage zu bewältigen, ist es notwendig, einen Anhaltspunkt für die entscheidungslenkende Wirkung äußerer Einflüsse zu finden. Insofern bietet eine Entscheidung, die im Ergebnis von der nicht-beeinflussten Entscheidung (der unbeeinflussten Nullposition) abweicht, ein Anzeichen für eine Einwirkung auf den Entscheidungsprozess (jedenfalls soweit alle anderen Umstände grundsätzlich unverändert sind).<sup>378</sup> Diese Wirkung lässt sich im Grunde quantitativ sowie qualitativ bestimmen.<sup>379</sup>

## bb) Quantitativ: Empirische Steuerungsermittlung

Der idealtypische Weg, mit dem Wissensproblem umzugehen, liegt darin, Wissenslücken zu schließen. Insofern ist es im Rahmen eines evidenzbasierten Vorgehens nötig, Unsicherheit bezüglich der Effekte, Intensität und Richtung einer Einwirkung soweit als möglich zu minimieren.<sup>380</sup> Die notwendige Wissensverbesserung kann allem voran mittels experimenteller Untersuchungen, also Laborexperimenten und (natürlichen) Feldstudien, erfolgen.<sup>381</sup> Nach einer quantitativen Betrachtung liegt eine Steuerungswirkung dann vor, wenn

<sup>375</sup> O'Hara, AöR 145 (2020), 133 (170).

<sup>376</sup> Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 143 ff.

<sup>377</sup> Mit Blick auf die Heterogenität von Rationalitätsdefiziten gilt dies im Einzelfall und auf Gruppen bezogen, vgl. Engel, in: Engel/Englerth/Lüdemann et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 363, 367 ff.

<sup>378</sup> Unter der Annahme, dass die Entscheider:innen nicht selbst bereits einer Einwirkung entgegengewirkt und so deren Effekt auf das Entscheidungsergebnis aufgehoben haben.

<sup>379</sup> Soweit dabei mehrere Rationalitätsdefizite zugleich ausgenutzt werden – mithin bei einer „Belastungskumulation“, Klement, AöR 134 (2009), 35 (42) –, sind diese als uneigentlicher bzw. additiver Grundrechtseingriff i. w. S. i. R. d. Verhältnismäßigkeitsprüfung sowohl einzeln als auch, wenn sie die selbe Normwirklichkeit betreffen, gemeinsam zu betrachten; vgl. grds. Kirchhof, NJW 2006, 732 (735); Ruschemeier, Additiver Grundrechtseingriff, 2019, S. 132 ff.; sowie BVerfGE 123, 186 (265); a. A. Kromrey, Belastungskumulation, 2018, S. 47 ff.

<sup>380</sup> Ausführlich zu den Erkenntnismöglichkeiten und -grenzen der Methoden Engel, in: Engel/Englerth/Lüdemann et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 363, 365 ff.; Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014, S. 132 ff.; Chatziathanasiou/Leszczyńska, RW 8 (2017), 314 (314 ff.).

<sup>381</sup> Vgl. etwa Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 150 ff., sowie S. 184 ff. Maßstäbe, inwieweit das BVerfG derartige Aufklärungsversuche unternehmen sollte, entwickelt Staben, Abschreckungseffekt, 2018, S. 110 ff. Vgl. insges. Philippi, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 124 ff.

die getroffenen Entscheidungen statistisch signifikant von der unbeeinflussten Nullposition abweichen.<sup>382</sup> Statistische Signifikanz lässt sich jeweils nur im Einzelfall bestimmen. Gleichwohl ist eine Steuerungswirkung, die jedenfalls 10–25 %-Punkte von der (hypothetisch) unbeeinflussten Entscheidung abweicht, zumeist signifikant.<sup>383</sup> Diese Effektstärke im Einzelfall zu ermitteln ist komplex.<sup>384</sup> Im besten Fall können Daten der Verwender:innen – Verwaltungsdaten oder Daten der Webseitenbetreiber:innen, auf denen Dark Patterns zu finden sind – die Wirksamkeit einer Entscheidungsarchitektur empirisch belegen.<sup>385</sup> Alternativ lässt sie sich durch empirische Studien feststellen.<sup>386</sup> Studien sind dabei zu Rationalitätsdefiziten im Allgemeinen sowie zu ihrem Ausnutzen im Einzelfall (etwa zu spezifischen Dark Patterns) vorhanden.<sup>387</sup> Besteht etwa bei dem Gesetzgeber Unsicherheit, könnte er Expert:innen mit Studien zu geplanten Entscheidungsgestaltungen beauftragen.

### cc) *Qualitativ: Typisierende Steuerungsermittlung*

Empirische Erkenntnisse sind immer punktuell. Diesbezügliche Beobachtungen, insbesondere verhaltensökonomische oder sonstige Studien, haben stets nur begrenzte interne und externe Validität.<sup>388</sup> Gleichwohl ist es gerechtfertigt, eine qualitative Effektermittlung anhand einer verhaltensökonomischen Klassifizierung von Steuerungsmitteln vorzunehmen.<sup>389</sup> Insofern lässt sich eine spezifische, verhaltenswissenschaftlich fundierte Annahmenbildung erreichen.<sup>390</sup>

<sup>382</sup> Leonhart, Lehrbuch Statistik, 2022, S. 182.

<sup>383</sup> Der quantitative Ansatz darf zugleich nicht darüber hinwegtäuschen, dass für einen Grundrechtseingriff bereits die Freiheitsverkürzung einer einzelnen Person genügt. Derartige individuelle Wirkungen sind jd. – aus empirischer Sicht – nicht leicht feststellbar. Gleichwohl kann die (durchschnittliche) Wirkungsstärke nicht mehr als ein Indikator für die individuell wirkende Beeinflussungskraft sein. Insofern handelt es sich nicht um eine „überindividuelle Wirkungsmächtigkeit der Maßnahme“, Oermann/Staben, Der Staat 52 (2013), 630 (644 ff.). Noch weniger geht es um die Anzahl und Dauer der Betroffenen und die daraus resultierende „überindividuelle“ „Zielwertgefährdung“, ebd., 655, mithin die Bildung einer Art Gesamt-aggreat ohne Betrachtung individueller Effekte. Dies ist zugleich i. R. d. Konkordanzbildung sehr relevant, s. unten § 6 B. I. 4.

<sup>384</sup> Schwartz, Stan. L. Rev. 67 (2015), 1373 (1403).

<sup>385</sup> Martini/Weinzierl, RW 10 (2019), 287 (306).

<sup>386</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 16.7.1998 – C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369, Rn. 31, 37 – Gut Springheide = NJW 1998, 3183 (3184 f., Rn. 31, 37); Schwartz, Stan. L. Rev. 67 (2015), 1373 (1402 f.).

<sup>387</sup> S. oben § 1 A. II. 2.

<sup>388</sup> Vgl. Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014, S. 61 ff.; s. auch Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 145 ff., zum zusätzlich von ihm benannten Problem der „Multidirektionalität“ auch ders., in: Grundmann/Hacker (Hrsg.), Theories of Choice, 2021, S. 87, 89 f.

<sup>389</sup> A. A. Schwartz, Stan. L. Rev. 67 (2015), 1373 (1380; 1390 ff.), der hier unüberwindbare Probleme sieht.

<sup>390</sup> Nicht nur bei verhaltenswissenschaftlichen Phänomenen ist unsicher (Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 149 ff., spricht von „Unbestimmtheit“), wie sich äußere Einflüsse konkret auswirken. Auch sonstige, klassische Steuerungsformen sind davon

Hierzu ist es notwendig, vergleichbare Entscheidungsgestaltungen zu identifizieren und diesen jeweils eine gewisse Wirkungsstärke zuzuordnen. Auf Basis einer Typisierung nach Steuerungsmitteln ist es möglich, gewissen Methoden und Gruppen einen (vermuteten) Steuerungseffekt zuzuschreiben. Hilfreich sind dabei wiederum bestehende Untersuchungen sowie hieraus ableitbare Verallgemeinerungen. Insofern ist anzunehmen, dass eine Entscheidungsgestaltung, die so oder so ähnlich bereits im Labor getestet wurde, im realen Leben einen ähnlichen Einfluss auf das Entscheidungsverhalten von Menschen hat. Ein gutes Beispiel ist die Effektstärke von Voreinstellungen. Hier ist klar belegt, dass diese hoch bis sehr hoch ist. Zudem zeigt die Dark-Patterns-Forschung, welche Wirkung gewissen Gestaltungsvarianten zukommt. Stellt sich die Frage, ob eine konkreten Entscheidungsgestaltung eine steuernde Wirkung hat, kann diese unter Rückgriff auf Beispiele aus einem anderen Kontext beantwortet werden.

#### dd) Annahmenbildung

In einer von begrenzten Ressourcen geprägten (Gerichts-)Welt lassen sich nie alle Unsicherheiten beseitigen. Deshalb bedarf es einer Strategie im Umgang mit verbleibender Unsicherheit. Um handlungsfähig zu sein, muss sich das Recht einer Annahmenbildung bedienen.<sup>391</sup> Steht das Recht vor der Herausforderung, mit Einwirkungen auf die innere Sphäre umzugehen, bedarf es einer Grundannahme hinsichtlich der Rationalität menschlichen Entscheidens: Sollte das Recht von einer zumindest zum Teil beschränkt-rationalen Menschenmenge ausgehen, oder kann es sich „am *Rational-Choice-Ansatz* orientieren“<sup>392</sup>? Da es sich um eine Annahme über Zustände und Vorgänge der Wirklichkeit handelt, muss das verfügbare empirische Wissen die Grundlage der Annahmenbildung sein.<sup>393</sup> Das Recht hat so im Zweifel ein reales, nicht ein ideales Menschenbild anzunehmen.<sup>394</sup> Zwar mag es dem (von *Overconfidence Bias*) geprägten Bauchgefühl vieler Rechtsanwender:innen entsprechen, dass der Mensch rational entscheidet. Gerade sog. Alltagstheorien und darauf gestützte Plausibilitäten<sup>395</sup>

betroffen. Dies gilt gerade für (die Androhung von) Strafe und für den Anreiz. Gleichwohl wird ein Wirkungszusammenhang angenommen: pauschalisiert i. R. d. Strafandrohung, grundsätzlich auch bei einem Anreiz. So etwa *Wolff*, Anreize im Recht, 2021, S. 165 ff., die diese Frage nicht einmal gesondert diskutiert.

<sup>391</sup> Vgl. hierzu *Engel*, in: Engel/Englerth/Lüdemann et al. (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 363, 375 f., der von Hypothesen spricht; *O'Hara*, AöR 145 (2020), 133 (170 ff.); im Kontext der verhaltensökonomischen Beeinflussung auch *Tobisch*, *Dispositives Recht*, 2021, S. 252.

<sup>392</sup> *O'Hara*, AöR 145 (2020), 133 (173, Fn. 141); ähnlich auch *Schwartz*, *Stan. L. Rev.* 67 (2015), 1373 (1403 ff.); *Wright/Ginsburg*, *Nw. U. L. Rev.* 106 (2015), 1033 (1045 f.).

<sup>393</sup> *O'Hara*, AöR 145 (2020), 133 (172, Fn. 136): „bewussten, reflektierten Vorgang der Annahmenbildung, der am verfügbaren empirischen Wissen ausgerichtet ist“.

<sup>394</sup> *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 159 ff., legt insofern eine Nutzenbewertung an und kommt zu dem Ergebnis, dass die Annahme beschränkter Rationalität vorzugswürdig ist.

<sup>395</sup> Vgl. hierzu *Staben*, *Abschreckungseffekt*, 2018, S. 108 ff.

bedürfen jedoch einer Überprüfung daraufhin, ob sie mit gewonnenem Wissen vereinbar sind. Mit Blick auf menschliches Entscheiden bedeutet das, dass die Grundannahme gerade nicht die der vollen, sondern die der *begrenzten* Rationalität sein muss.<sup>396</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Der moderne Eingriffsbegriff führt zu einem weit gezogenen Kreis potenzieller Eingriffe in die innere Sphäre. Gleichwohl ist es nicht angezeigt, diese weite Feststellung von Eingriffen zu beschneiden. Weder die (begrenzte) Unvermeidbarkeit noch die Offenheit von Einflüssen bieten insoweit einen überzeugenden Ansatzpunkt, um einzuschränken, welche Maßnahmen als Eingriff in die innere Sphäre zählen. Für *finale* Verkürzungen der inneren Autonomie genügt zudem bereits die Finalität dafür, einen Eingriff zu bejahen. Finalität liegt vor allem dann vor, wenn staatliche Stellen weich- und/oder liberal-paternalistisch motiviert handeln. Ein Anzeichen dafür ist, wenn sie sich bei der Gestaltung einer Regulierung auf verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse stützen. Hier gibt es keinen eingriffsfreien Raum der Verhaltenslenkung. *Nicht-finale* Eingriffe sind schwerer zu bewerten. Gleichwohl ist keine Eingriffs- bzw. Intensitätsschwelle einzuziehen. Diese ist mit dem erfolgsunrechtsorientierten Ansatz des modernen Eingriffsverständnisses unvereinbar. Zudem verfängt die Idee nicht, dass der Staat Rationalitätsdefizite ausnutzen darf, weil Einflüsse auf den Entscheidungsprozess sowieso alltäglicher Natur sind – es handelt sich um nichts weniger als einen naturalistischen Fehlschluss. Entscheidend kommt es stattdessen darauf an, wie sich feststellen lässt, *ob* ein Einfluss auf die innere Sphäre tatsächlich stattfindet. Hierzu bietet es sich an, die Steuerungswirkung quantitativ (empirisch) oder qualitativ (auf Grundlage einer Typenbildung) zu ermitteln. Steht danach eine Steuerungswirkung fest, liegt ein Eingriff in die innere Sphäre vor – auch wenn dieser nicht-final ist.

Bezogen auf die Widerspruchslösung bei der Organspende bedeutet dies, dass der Eingriff nicht deshalb entfällt, weil der Einfluss offen zutage liegt – ja sogar im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen wäre. Der Gesetzgeber handelte in diesem Fall zudem mit dem Wissen um die verhaltensökonomische Wirksamkeit der Einwirkung und damit final. Selbst wenn man unterstellen würde, der Gesetzgeber wüsste nicht, dass eine Voreinstellung entscheidungslenkend wirkt – er könnte etwa vorgeben, alleine Verwaltungsaufwand einsparen zu wollen –, würde eine quantitative wie qualitative Bewertung der Maßnahme klar ihre Steuerungswirkung belegen. Voreinstellungen dieser Art haben sowohl in Labor- wie in Realexperimenten ihre erhebliche Wirksamkeit unter

---

<sup>396</sup> Diesen Ansatz verletzt O'Hara, AöR 145 (2020), 133 (173, Fn. 141), anscheinend, indem er an Anreiz und Nudge verschiedene Rationalitätserwartungen stellt, die die Forschung so gerade nicht bestätigt.

Beweis gestellt.<sup>397</sup> Zudem ist bekannt, dass Menschen als nicht voll-rationale Entscheider:innen eine Voreinstellung aus verschiedenen Gründen (Referenzwertabhängigkeit der Entscheidung, *Loss Aversion*) beibehalten.<sup>398</sup> Ein Eingriff ist so klar belegt.

#### IV. Ergebnis

Der Untersuchung des Schutzes der inneren Sphäre hat bereits eine vermeintlich simple, gleichwohl oft übersehene Erkenntnis zu Tage gefördert: Die grundgesetzlichen Freiheitsrechte schützen nicht nur die äußere, sondern vielmehr auch die innere Sphäre der Grundrechtsträger:innen. Ist die innere Sphäre, insbesondere der Entscheidungsprozess, als Schutzgegenstand der Freiheit grundrechte etabliert, lassen sich Eingriffe in diesen herausarbeiten. Wesentlich ist dabei die Erkenntnis, dass Eingriffe staatliche Freiheitsverkürzungen sind. Eine derartige Freiheit stellt die innere Sphäre bzw. der Entscheidungsprozess dar. Außen- und Innenbereichsschutz der Grundrechte laufen insoweit parallel. Wirkt der Staat auf den Entscheidungsprozess ein, verkürzt er grundrechtliche Freiheit. Gedanklich lässt sich dies als die Anwendung einer Kraft auf den als bewegte Masse verstandenen Entscheidungsprozess darstellen. Jede Einwirkung, die es vermag, eine ablenkende Kraft zu entfalten, stellt einen Eingriff dar. Eine derartige Kraft haben Entscheidungsgestaltungen, die Rationalitätsdefizite ansprechen ebenso wie klassische Information.

Die Einwirkung und damit der Eingriff entfallen nicht deshalb, weil sie eine rationalere, interessensgerechtere oder richtigere Entscheidung evozieren. Eine derartige Ordnungszielargumentation trägt nicht. Sie würde potenziell weitreichende Grundrechtsverkürzungen als ordnungszielkonform legitimieren. Hierfür spricht zudem die philosophische Perspektive: Der Schutz der Autonomie verbietet es, Einwirkungen gleichfalls damit zu rechtfertigen, dass sie Effizienz, Richtigkeit oder Rationalität herstellen.

Die Parallelität zwischen dem Schutz der inneren und der äußeren Sphäre bedeutet zugleich, dass die auswirkungsorientierte Eingriffsperspektive weit gefasst ist. Diese weite Wirkung ist gleichwohl nicht einzuschränken. Für *finale* Eingriffe in die innere Sphäre genügt Finalität für die Bejahung eines Eingriffs. Dass ein Einfluss ‚offen‘ zutage liegt, führt zu keinem anderen Ergebnis. Mit Blick auf *nicht-finale* Einwirkungen verbleibt eine Intensitäts- bzw. Erheblichkeitsschwelle als Eingrenzungsmöglichkeit. Doch ist diese aus allgemeinen grundrechtsdogmatischen Erwägungen abzulehnen: Sie ist mit dem erfolgsunrechtsorientierten Ansatz des modernen Eingriffsverständnisses unvereinbar. Einzig entscheidend ist vielmehr, dass ein Lenkungseinfluss tatsächlich vor-

<sup>397</sup> S. oben Erster Teil, Fn. 98, 99.

<sup>398</sup> S. oben § 1 A. II. 2. b) i) (a).

liegt – eine Kraft auf den Entscheidungsprozess tatsächlich angewendet wird. Dies lässt sich – aufgrund bestehender Wissensprobleme – am besten mithilfe quantitativer (empirischer) wie qualitativer (typenbildender) Ansätze ermitteln. Dabei muss und kann das Recht Annahmen über menschliches Entscheiden zugrunde legen: Zentral ist, dass diese wiederum auf tatsächlichen Gegebenheiten aufbauen. Die Grundannahme hinsichtlich menschlichen Entscheidens muss so sein, dass der Mensch nicht über volle, sondern nur über begrenzte Rationalität verfügt.

## D. Rechtfertigung

Im Zentrum der Rechtfertigungsüberlegungen steht die Frage, ob der Staat in die innere Sphäre eingreifen darf, um seine regulatorischen Ziele zu verfolgen. Nutzt der Staat die Rationalitätsdefizite der Bürger:innen aus, um diese zu lenken, anstatt auf Zwang/Umweltveränderung oder Anreiz/Normbefehl zurückzugreifen, wirft dies grundrechtsdogmatisch intrikate Fragen auf. Dabei steht hier – wie bereits auf der Ebene des Schutzbereichs und des Eingriffs – das Lenkungsmittel im Fokus der Rechtfertigungsfrage (unten I.). So ist klärungsbedürftig, ob derartige Eingriffe überhaupt rechtfertigbar sind oder die innere Sphäre gar absoluten Schutz genießt (unten II.). Schließlich gilt es zu beantworten, wie sich die allgemeinen materiellen (unten III.) und formellen (unten IV.) Rechtfertigungsanforderungen bei Eingriffen in die innere Sphäre darstellen. Insbesondere die Verhältnismäßigkeit verlangt, mit Blick auf Geeignetheit und Erforderlichkeit, der Zuwendung.<sup>399</sup>

### I. Zentral: Betrachtung des Mittels, nicht des Zwecks

Wesentlich ist, dass der Staat in Grundrechte eingreift, wenn er in die innere Sphäre einwirkt – unabhängig davon, welchen Zweck er damit verfolgt. Eingriffe in die innere Sphäre sind insofern nicht auf einen gewissen Zweck begrenzt, etwa den ‚Schutz vor sich selbst‘.<sup>400</sup> Dies gilt in einem doppelten Sinne. Weder müssen Eingriffe in die innere Sphäre immer im wohlverstandenen Interesse der Gelenkten erfolgen, noch ist es notwendig, dass sie dazu dienen, Rationalitätsdefizite abzubauen, also De-Biasing i. e. S. zu betreiben. Eingriffe in die innere Sphäre müssen mithin weder hart-paternalistisch noch weich-paternalistisch motiviert oder auf informiertes Entscheiden gerichtet sein. Wenn der Staat Rationalitätsdefizite ausnutzt, kann er vielmehr auch einen rein heterogenen

---

<sup>399</sup> Dabei fokussiert der folgende Abschnitt auf zentrale Grundfragen der Rechtfertigbarkeit von Eingriffen. Dies sind solche Erwägungen, die unmittelbar aus den bisher gewonnenen Erkenntnissen fließen und damit den hier erarbeiteten Ansatz zum Schutz der inneren Sphäre abrunden und seinen Mehrwert deutlich machen.

<sup>400</sup> Vgl. hierzu bereits oben § 1 A. IV. 3.

regulativen Zweck verfolgen.<sup>401</sup> Die Überlegungen zur grundrechtlichen Bewertung haben vielmehr von dem *Steuerungsmittel* auszugehen – erst in einem zweiten Schritt fließt ein, zu welchem Zweck der Staat dieses einsetzt. Damit liegt der Fokus der vorliegenden Untersuchung entschieden anders als bei vielen bisher angestellten Analysen. Diese haben die Frage nach dem *Steuerungszweck* gestellt, nicht nach dem verhaltensökonomisch wirksamen *Steuerungsmittel*.<sup>402</sup>

## II. Rechtfertigbarkeit von Eingriffen in die innere Sphäre

Ob Einwirkungen auf die innere Sphäre als *Steuerungsmittel* überhaupt rechtfertigbar sind, ist ungeklärt. Zwar klingt der absolute Schutz der inneren Sphäre nach einer weitreichenden Hypothese. Doch könnte genau dies die normative Tragweite des aufklärerischen Rufs ‚Die Gedanken sind frei!‘ sein.<sup>403</sup>

### 1. Grundsätzliche Rechtfertigbarkeit

Nach der allgemeinen Dogmatik der Grundrechte ist von der Grundannahme auszugehen, dass Grundrechte nicht vorbehaltlos bzw. schrankenlos gelten. Grundrechtseingriffe sind grundsätzlich rechtfertigbar – sei es aufgrund eines Gesetzesvorbehalts<sup>404</sup> oder kollidierenden Verfassungsrechts<sup>405</sup>. Da Einwirkungen auf die innere Sphäre eine Einwirkungsform von vielen auf Grundrechte sind, handelt es sich *a priori* um einen rechtfertigbaren Grundrechtseingriff.<sup>406</sup> Zudem ist die innere Sphäre über die sachlich jeweils einschlägigen (Freiheits-) Grundrechte geschützt – damit ist auch deren Schrankenregime zu übernehmen. Schließlich gelten die allgemeinen Schranken-Schranken, insbesondere der Vorbehalt des Gesetzes und die Verhältnismäßigkeit bzw. Abwägung zur Herstellung praktischer Konkordanz.<sup>407</sup> Der innere Bereich der Grundrechte ist somit ebenso wie der äußere begrenzt.<sup>408</sup> Ausnahmen hiervon bedürfen der besonderen Begründung.<sup>409</sup>

<sup>401</sup> Dies scheint *Gerg*, *Nudging*, 2019, S. 141 f., zu übersehen.

<sup>402</sup> Vgl. *Kolbe*, *Staatliche Gesundheitssteuerung*, 2017, S. 326.

<sup>403</sup> In diese Richtung wohl *Grabenwarter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 68. Erg.-Lfg. (Jan 2013), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 77; *Morlock*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, 2013, Art. 4, Rn. 63.

<sup>404</sup> Vgl. zum Begriff und Sonderformen *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 101 ff.

<sup>405</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 28, 243 (260 f.) – Dienstpflichtverweigerung; zuletzt BVerfGE 142, 74 (84) – Metall auf Metall; insges. *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 120 ff.

<sup>406</sup> I. E. ähnlich *Ingold*, *Desinformationsrecht*, 2011, S. 55; a. A. anscheinend *Bumke*, *Die Verwaltung* 37 (2004), 3 (28).

<sup>407</sup> *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 135.

<sup>408</sup> *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 96 f.: „Grundrechtsbegrenzung“.

<sup>409</sup> Deutlich macht dies BVerfGE 93, 1 (21) – Kruzifix, wo das Gericht nach einer Rechtfertigung für den Grundrechtseingriff in Art. 4 Abs. 1 GG fragt, der von der appellativen Wir-

## 2. Ausnahmen – Absoluter Schutz der inneren Sphäre?

Ausnahmen davon, dass der Schutz der inneren Sphäre begrenzt ist, können sich vor allem an zwei Stellen finden: Der Menschenwürde (unten a)) und der Wesensgehaltsgarantie der Grundrechte (unten b)).

### a) Durch die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)

Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten ist nicht rechtfertigbar, wenn es die Menschenwürde berührt und damit verletzt – diese ist „unantastbar“ (Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>410</sup> Ob eine staatliche Maßnahme die Menschenwürde verletzt, ist nach der Objekt- sowie der Subjekt-Formel zu bestimmen.<sup>411</sup> Hiernach ist die Würde verletzt, wenn die Maßnahme die Menschen zum ‚bloßen Objekt‘ staatlichen Handelns macht oder sie einer Behandlung aussetzt, die ihre Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt.<sup>412</sup> Entscheidend sind damit zwei negative Zugriffe auf die Würdeverletzung.<sup>413</sup> Neuerdings verknüpft das BVerfG diese Ansätze mit einer übergreifenden Idee der „Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität“<sup>414</sup> – hieraus leitet es den sozialen Wert- und Achtungsanspruch ab, der wiederum die Objekt-/Subjekt-Formel speist.

#### aa) Objektformel

Nach der Objektformel<sup>415</sup> verletzt der Staat die Menschenwürde, wenn er die Menschen zu einem Objekt, zu einem *bloßen* Mittel, mithin zu einer vertret-

---

lung des Kruzifixes ausgeht. Auch prüft BVerfGE 105, 279 (309 f.) – Osho, die Rechtfertigung von Äußerungen, die gegen das Neutralitätsgebot verstoßen – die also, nach der Definition des Gerichts, als diffamierend, diskriminierend oder verfälschend zu qualifizieren sind.

<sup>410</sup> Vgl. hierzu *Goos*, Innere Freiheit, 2011, S. 177; *Ingold*, Desinformationsrecht, 2011, S. 59; *Kolbe*, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 218; *Gerg*, Nudging, 2019, S. 89 ff.; grds. *Hillgruber*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU IV, 2022, § 100, Rn. 54 ff. Die Menschenwürde ist insofern anders als die anderen Grundrechte Regel, nicht Prinzip.

<sup>411</sup> *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 2021, Art. 1, Rn. 15 f. Vgl. zu weiteren Ansätzen *ders.*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 2021, Art. 1, Rn. 19 ff.: „vier Problemdimensionen“; s. auch *Hillgruber*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU IV, 2022, § 100, Rn. 17 ff.

<sup>412</sup> BVerfGE 153, 182 (261, Rn. 206) – Suizidhilfe.

<sup>413</sup> *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, 2013, Art. 1 Abs. 1, Rn. 53 ff. A.A. *Kersten*, Klonen von Menschen, 2004, S. 471: „Die Objektformel und die Subjektformel sind für die Prüfung der Menschenwürde funktionale Äquivalente“. Nicht konsequent weiterverfolgt hat das BVerfG hingegen die Willkürformel; vgl. in BVerfGE 30, 1 (25 f.) – Abhörurteil, nicht mehr in BVerfGE 109, 133 (149 ff.) – Sicherungsverwahrung; s. hierzu *Kersten*, Klonen von Menschen, 2004, S. 469: „subjektive Willkürformel“. Ebenfalls aufgegeben hat das BVerfG den Begründungstopos des zeitlichen bzw. gesellschaftlichen Wandels; vgl. BVerfGE 45, 187 (229) – Lebenslange Freiheitsstrafe, bzw. BVerfGE 96, 375 (399 f.) – Kind als Schaden.

<sup>414</sup> BVerfGE 153, 182 (261, Rn. 206) – Suizidhilfe, unter Verweis auf BVerfGE 144, 20 (207) – NPD-Verbot.

<sup>415</sup> Str. die Namensgebung; *Boehme-Nefler*, NVwZ 2020, 1012 (1012): „Objektformel“; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 2021, Art. 1, Rn. 16: „Subjekt-Objekt-Formel“.

baren Größe herabwürdigt.<sup>416</sup> Entscheidend ist die Zielvorstellung der Einwirkung, das *Warum*.<sup>417</sup> Unklar ist gleichwohl, wann eine Einwirkung die Grenze zur Behandlung als ‚bloßes‘ Objekt erreicht.<sup>418</sup> Denn der Staat behandelt die Menschen bereits dann als Objekt, wenn er sie zu einem Handeln bewegen will und damit eigene Zwecke verfolgt.<sup>419</sup> Zum ‚bloßen‘ Objekt hingegen macht er die Menschen erst dann, wenn er sie als Objekt zu einem *allein* fremdnützigen Zweck heranzieht.<sup>420</sup> In diesen Fällen ist die „personale[...] Individualität“<sup>421</sup> der Menschen nicht mehr gewahrt. Es liegt ein Verstoß gegen *Kants* Instrumentalisierungsverbot vor<sup>422</sup>, das die Objektformel inspiriert.<sup>423</sup> Der zweckorientierte Inhalt der Objektformel zeigt deutlich, dass ein Steuerungsmittel nie *per se* die Menschenwürde verletzen kann.<sup>424</sup> Entscheidend ist stets, *warum* der Staat es einsetzt. Eben diese Frage steht hier jedoch nicht im Fokus der Betrachtung. Zudem ist weder der Schutz vor sich selbst noch der Schutz vor Dritten vor schädigendem Verhalten an sich alleine fremdnützig. Damit ist jedenfalls klar, dass eine Einwirkung auf die innere Sphäre gerade in der Form des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten nicht als solche die Objektformel verletzt.

<sup>416</sup> *Dürig*, AöR 81 (1956), 117 (127); hierzu *Kersten*, Klonen von Menschen, 2004, S. 408 ff., 425 ff.

<sup>417</sup> *Kersten*, Klonen von Menschen, 2004, S. 484, zum Klonen; wobei *Kersten* zwischen „Objekt/Subjekt-Formel“ und Instrumentalisierungsverbot differenziert. Insofern greift *Gerg*, *Nudging*, 2019, S. 89 ff., einen Schritt zu kurz: Die Subjekt-Objekt-Formel fragt nicht nur nach dem eingesetzten Mittel. Grds. Kritik am subjektiven Element *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Art. 1 Abs. 1, Rn. 55.

<sup>418</sup> *Kersten*, Klonen von Menschen, 2004, S. 456 ff. Zum BVerfG, insbes. der anscheinend abweichenden Meinung des zweiten Senats in BVerfGE 30, 1 (25 f.) – Abhörurteil, vgl. *Kersten*, Klonen von Menschen, 2004, S. 462 f.

<sup>419</sup> *Schaber*, in: *Stoecker/Neuhäuser/Raters et al.* (Hrsg.), *Handbuch Angewandte Ethik*, 2011, S. 331, 331.

<sup>420</sup> *Schaber*, in: *Stoecker/Neuhäuser/Raters et al.* (Hrsg.), *Handbuch Angewandte Ethik*, 2011, S. 331, 331. Der Mensch kann dabei – wie bei der Folter – zum Objekt gegen sich selbst werden; *BVerfG*, NJW 2005, 656 – Daschner.

<sup>421</sup> BVerfGE 144, 20 (207, Rn. 539) – NPD-Verbot.

<sup>422</sup> Vgl. *Kant*, *Metaphysik*, 1785/1794, S. 66 f.; Kritik hieran bereits *Schopenhauer*, *Wille und Vorstellung*, 1819, S. 502. Vgl. hierzu *Kersten*, Klonen von Menschen, 2004, S. 408 ff. *Nota bene*: Dabei besteht gleichwohl ein wesentlicher Unterschied zwischen der rechtlichen und der kantianischen Begründung bzw. dem Ursprung der Würde. Nach *Kant* ist Würde bzw. der Status „Person“ Folge der (praktischen) Fähigkeit zur Selbstbestimmung, vgl. *Gutmann*, *Würde und Autonomie*, 2010, S. 4. Das Recht hingegen – als Gegenmodell und geprägt von der Erfahrung des Nationalsozialismus – löst die Würde aus der Autonomie und knüpft sie an das Menschsein: „Jeder besitzt [Menschenwürde]“, BVerfGE 87, 209 (228) – *Tanz der Teufel*, alleine „kraft seines Personseins“, BVerfGE 115, 118 (153) – *LuftsicherheitsG*.

<sup>423</sup> Vgl. BVerfGE 115, 118 (157) – *LuftsicherheitsG*.

<sup>424</sup> A. A. wohl *Eichmann*, GRUR 1964, 57 (67).

### bb) (Objekt-)Subjektformel

Nach der Subjektformel liegt eine Würdeverletzung vor, wenn die Maßnahme die „Subjektqualität [der Betroffenen] prinzipiell in Frage“<sup>425</sup> stellt.<sup>426</sup> Die unverlierbare Würde der Menschen fordert, dass sie jederzeit als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt bleiben.<sup>427</sup> Dies bedeutet zugleich, dass der Staat die Würde verletzt, wenn er den Einzelnen den Status als selbstverantwortliche Persönlichkeit aberkennt – mithin bei einer „Entpersönlichung“<sup>428</sup>. Anders gewendet ist hiernach entscheidend, ob die Einwirkung die grundrechtliche Idee der Menschen von sich selbst wahrt. Die Menschen müssen – mit *Kersten* – „noch Anschluss an [ihr] Selbstverständnis als Subjekt finden“<sup>429</sup> können.

#### (1) Modale Verletzungen

Ein derartiges Verständnis der Menschenwürdeverletzung ist an sich *modal* – mittelbezogen. Eine Würdeverletzung liegt in einer *Behandlung* durch die öffentliche Gewalt, welche die Achtung des Werts vermissen lässt, der allen Menschen um ihrer selbst willen, kraft ihres Personseins, zukommt.<sup>430</sup> Hier steht eine Verletzung der „personale[n] Integrität“<sup>431</sup> im Raum. Als Maßstab bieten sich historische Erwägungen an – wenn auch nicht im Sinne eines Originalismus, sondern als maßstabsbildendes Minimum in Form des *eiusdem generis*.<sup>432</sup> Derartige historische Bezugspunkte sind aufgrund der Entwicklungsoffenheit des Menschenwürdeschutzes nie abschließend – entscheidend ist vielmehr der jeweilige Einzelfall in seinem speziellen Kontext.<sup>433</sup>

Konkret maßstabsbildend sind historisch verbürgte modale Würdeverletzungen, wie „Glaubenszwang, Indoktrination und Gehirnwäsche“<sup>434</sup>. Ihnen ge-

<sup>425</sup> BVerfGE 30, 1 (25 f.) – Abhörurteil; sowie BVerfGE 109, 133 (150) – Sicherungsverwahrung.

<sup>426</sup> I. E. mag man auch hier davon sprechen, dass der Mensch zum „bloßen“ Objekt wird – jd. nicht, weil der Staat ihn als solches behandelt, sondern weil bei Verlust des Subjekt-Status nichts anderes verbleibt als die Hülle als Objekt. In diese Richtung wohl *Kersten*, *Klonen von Menschen*, 2004, S. 467 ff.; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 2021, Art. 1, Rn. 16.

<sup>427</sup> BVerfGE 109, 133 (171) – Sicherungsverwahrung.

<sup>428</sup> BVerfGE 27, 1 (7) – Mikrozensus; *Kersten*, *Klonen von Menschen*, 2004, S. 456.

<sup>429</sup> *Kersten*, *Klonen von Menschen*, 2004, S. 482.

<sup>430</sup> BVerfGE 115, 118 (153) – LuftsicherheitsG; s. auch BVerfGE 109, 279 (312 f.) – Großer Lauschangriff.

<sup>431</sup> BVerfGE 153, 182 (261, Rn. 206) – Suizidhilfe, unter Verweis auf BVerfGE 144, 20 (207) – NPD-Verbot.

<sup>432</sup> *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 55. Erg.-Lfg. (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1, Rn. 39, 51: „Extrapolation“.

<sup>433</sup> So wohl i. E. auch das BVerfG, das zeitweise eine Wandelbarkeit des Maßstabs vertreten hat, BVerfGE 45, 187 (229) – Lebenslange Freiheitsstrafe, dies aber nun zu Gunsten allgemeiner Formeln und deren Anwendung auf den Einzelfall aufgegeben hat.

<sup>434</sup> *Morlock*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 4, Rn. 63. S. auch zum Indoktrinationsverbot zum Schutz von Schüler:innen und Eltern BVerfG, NJW 1990, 54 (55) – Schulbuch; hierzu

meinsam ist, dass sie den Betroffenen keinen eigenen Reflexions- und Entscheidungsspielraum belassen.<sup>435</sup> Die Menschenwürde ist hiernach zumindest dann verletzt, wenn eine Maßnahme die Prozessautonomie gänzlich ausschaltet.<sup>436</sup> Kurzum, eine modale Würdeverletzung liegt vor, wenn der Staat den menschlichen Denkprozess total fremdsteuert.<sup>437</sup> In diesem Fall ist es ausgeschlossen, dass die Menschen – mit *Kersten* – noch Anschluss an ihr Selbstverständnis als Subjekt finden. Sie können sich selbst nicht mehr als Zweck begreifen.<sup>438</sup>

Beeinflusst der Staat den Entscheidungsprozess der Menschen, ist dies unter modalen Gesichtspunkten nicht an sich problematisch. Zu Recht stellt *Ingold* heraus, dass alleine falsche Information (anders kann dies in einer Leben- oder Tod-Situation sein) keine Würdeverletzung darstellt, da sie einen eigenen Reflexionsprozess nicht ausschließt.<sup>439</sup> Überschritten ist die Grenze zur totalen Fremdsteuerung des Entscheidungsprozesses erst, wenn die Einwirkung die Entscheidungsautonomie gleichsam erstickt. Denn dann ist die geschützte *innere* personale Integrität aufgehoben. Hilfreich, um festzustellen, wann eine Fremdsteuerung ‚total‘ wirkt, ist die Steuerungswirkung des Eingriffs.<sup>440</sup> Reicht diese an eine 100 %-ige Wirkung heran, liegt Totalität nahe. Das ist nur selten gegeben – die allermeisten Entscheidungsumgebungen führen nicht dazu, dass alle Entscheider:innen sich entsprechend des Einflusses entscheiden. Doch fällt gerade bei Voreinstellungen auf, dass sie einen sehr hohen Wirkungs-

---

kritisch *Huster*, Ethische Neutralität, 2017, S. 280 ff.; *Isensee*, in: Bethge/Weber-Dürler (Hrsg.), VVDStRL 57, 1998, S. 100, 110.

<sup>435</sup> *Goos*, Innere Freiheit, 2011, S. 177; ähnlich *Gerg*, Nudging, 2019, S. 90 f., der „subliminale Verhaltensbeeinflussung“ untersagen will, bei der es „für den Adressaten unmöglich ist, die Beeinflussung wahrzunehmen und [derer er sich] damit nicht erwehren kann“.

<sup>436</sup> *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 55. Erg.-Lfg. (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1, Rn. 51: „völlige Ausschaltung der Selbstbestimmung“.

<sup>437</sup> Vgl. *Huster*, Ethische Neutralität, 2017, S. 281: „Methoden der ‚Umerziehung‘ – bis hin zur Gehirnwäsche –, die aus totalitären Staaten bekannt sind; [...] allgemein die aggressive, missionarische, kämpferische, eben ‚zu intensive‘ Einwirkung“; in diese Richtung *Hillgruber*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU IV, 2022, § 100, Rn. 8.

<sup>438</sup> *Möllers*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), Willensfreiheit, 2008, S. 250, 258 ff., folgend, könnte man auch sagen, dass damit das in Art. 1 Abs. 1 GG liegende Versprechen verletzt wird, „sich [wechselseitig] als willensfreie und vernunftfähige [auf S. 270 spricht *Möllers* sogar von ‚vernünftige‘] Wesen anzuerkennen“.

<sup>439</sup> *Ingold*, Desinformationsrecht, 2011, S. 58 f., der dabei von „Desinformation“ spricht. Anders wohl das BVerfG, das in manchen Fällen davon auszugehen scheint, dass ein absoluter Schutz besteht. So hält es in der *Glykol*-Entscheidung fest, dass „eine Rechtfertigung der Weiterverbreitung der *als unrichtig erkannten Information ausgeschlossen ist*“ (Hervorheb. d. Verf.) und insoweit mit der „Feststellung der Beeinträchtigung des Schutzbereichs [...] in solchen Fällen auch die Rechtswidrigkeit fest[steht]“, BVerfGE 105, 252 (273) – *Glykol*. Die Feststellung bezog sich zwar auf indirekt Betroffene in mehrpoligen Rechtsverhältnissen. Jd. spricht einiges dafür, dass dies auch für direkt Betroffene gilt, jdf. wenn die Information erkannt unrichtig ist. Allgemein formulierend *Werner*, ZLR 2008, 115 (121); *Schmidt*, Staatliches Informationshandeln, 2004, S. 150; in diese Richtung *Saxer*, JöR 58 (2010), 209 (229 f.).

<sup>440</sup> Zur Steuerungswirkung s. oben § 2 B. III. 3. b).

grad haben – etwa bei der Widerspruchslösung für die Organspender:innen-eigenschaft. Hier ist erhöhte Aufmerksamkeit geboten, um zu beobachten, ob genügend Menschen die Möglichkeit der Abwahl gebrauchen bzw. inwieweit Menschen äußern, eigentlich nicht Organspender:innen sein zu wollen. Zeigt sich hier, dass Menschen in großen Teilen eine Entscheidung treffen, die ihren eigentlichen Präferenzen nicht entspricht, liegt eine modale Würdeverletzung zumindest nahe.

## (2) Modal-finale Verletzungen

Gleichwohl die Subjektformel primär modale Würdeverletzungen erfasst, wird schnell deutlich, dass eine rein mittelbezogene Sicht an Grenzen gerät. Neben unmenschlichen Behandlungen wie etwa Quälen sind viele weitere Formen der Einwirkung alleine in ihrem Kontext als entsubjektivierend zu verstehen.<sup>441</sup> Insofern kann es auch eine *modal-finale* Verletzung der Menschenwürde geben. Um zu bewerten, ob eine Behandlung hiernach zu einer Entpersönlichung führt, bedarf es einer Gesamtwürdigung der modalen und finalen Elemente der Einwirkung.<sup>442</sup> Eine Würdeverletzung liegt hier darin, dass der Staat den „eigenverantwortlichen Prozess subjektiver Willens- bzw. Entscheidungsfindung als Ausdruck subjektiver Autonomie“<sup>443</sup> völlig verkennt bzw. negiert. Insofern missachtet der Staat die „personale Identität“<sup>444, 445</sup>

Klar ist der Fall hiernach für Information. Diese mag zwar stark auf das Innere einwirken. Informiert der Staat die Menschen, erkennt er sie damit aber in finaler Hinsicht als autonome Subjekte an. Dies gilt selbst dann, wenn er die Information zu einem eigennützigen Zweck gibt. Denn in jedem Fall spricht die Informationsgabe die Betroffenen als rationale Wesen an. Der Staat behandelt die Menschen damit im Sinne des Menschenbilds des Grundgesetzes.

<sup>441</sup> Und selbst Quälen mag nur mit einem Zweck als solches verstanden werden: Es ist das Zufügen von Schmerzen mit dem Zweck, (unnötiges) Leid zu verursachen – abzugrenzen etwa von dem Zufügen von Schmerzen als Nebenprodukt einer Heilbehandlung. Etwas andere Tendenz *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 55. Erg.-Lfg. (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1, Rn. 51, der Folter rein modal versteht.

<sup>442</sup> Modale und modal-finale Verletzungen der Menschenwürde betreffen stets ein und dieselbe Würde. Diese kennt insofern keinen Kern und keinen Hof; vgl. *Hillgruber*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU IV, 2022, § 100, Rn. 58; so jd. *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 55. Erg.-Lfg. (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1, Rn. 47.

<sup>443</sup> *Ingold*, Desinformationsrecht, 2011, S. 58 f.; in diese Richtung auch *Tobisch*, Dispositives Recht, 2021, S. 243, der die Grenze sieht, wenn der Mensch unter „gänzlichem Ausschluss einer freien Willensbildung instrumentalisiert wird“.

<sup>444</sup> BVerfGE 153, 182 (261, Rn. 206) – Suizidhilfe, unter Verweis auf BVerfGE 144, 20 (207) – NPD-Verbot.

<sup>445</sup> Auf der anderen Seite ist wesentlich, dass eine Verletzung der Menschenwürde nicht nach einer „Abwägung von Zweck und Beeinträchtigung“ bzw. gar durch „bilanzierende“ Betrachtung festzustellen ist; a. A. *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 55. Erg.-Lfg. (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1, Rn. 47.

Schwieriger hingegen ist es, das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten einzuordnen. Modal betrachtet steht es bereits nah an einer Würdeverletzung, insbesondere, wenn es eine hohe Steuerungswirkung erreicht.<sup>446</sup> Denn das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten spricht die Menschen nicht im Bilde des grundgesetzlichen Ideals als rationale Wesen an. Vielmehr zielt es auf einen Teil des Menschen, den diese selbst nicht kontrollieren und bestimmen können. Entscheidend ist eine Gesamtbetrachtung der weiteren Umstände der Steuerung: der Verdecktheit sowie der Stärke und des Zwecks des Einflusses.<sup>447</sup> Ergibt sich hieraus, dass der Staat die Menschen nicht mehr als ‚selbstverantwortliche Persönlichkeiten‘ anerkennt – ihre personale Identität negiert –, verletzt er die Würde der Betroffenen.

Um auf die Widerspruchslösung und damit die Voreinstellung der Organ-spender:inneneigenschaft zurückzukommen: Hier ist die Stärke der Steuerungswirkung hoch. Gleichwohl ist der Einfluss, den eine Voreinstellung ausübt – jedenfalls mit Blick auf das Mittel – nicht verdeckt. Entscheidend kommt es sodann auf den Zweck der Steuerung an: Handelt es sich um eine Voreinstellung, die die Präferenzen der Mehrheit widerspiegelt (*Majoritarian Default*<sup>448</sup>), ist die Regelung nicht würdeverletzend. Liegt hingegen die Idee zugrunde, Menschen (in der überwiegenden Mehrzahl) gegen ihre eigentlichen Präferenzen zu Spender:innen zu erklären, rückt die Regelung in die Nähe einer Würdeverletzung. Den Ausschlag gibt dann die nähere Ausgestaltung der Voreinstellung wie auch der Abwalmöglichkeit – gerade als Indikator für den Zweck, den der Staat mit der Auswahl verfolgt: Je schwerer die Abwahl, desto wahrscheinlicher, dass es dem Staat nicht darum geht, Entscheidungskosten zu senken und den eigentlichen Präferenzen der Menschen zum Durchbruch zu verhelfen. Vielmehr scheint er darauf zu zielen, dass die Menschen die Voreinstellung entgegen ihrer Präferenzen beibehalten. In diesem letzten Fall ist eine Würdeverletzung naheliegend.

#### b) Durch die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG)

Neben der Menschenwürde vermittelt die Wesensgehaltsgarantie einen Bereich absoluten Schutzes. Die Wesensgehaltsgarantie enthält dabei – wie wohl bereits vom Verfassungsgeber intendiert – ein auf alle (Freiheits-)Grundrechte bezoge-

<sup>446</sup> S. oben § 2 D. III. 1. b) ii).

<sup>447</sup> Vgl. zur Verdecktheit oben § 2 C. III. 1. a); die heimliche Überwachung der Telekommunikation bedeutet grds. einen schweren Eingriff, vgl. BVerfGE 141, 220 (264 f., Rn. 92) – BKA-Gesetz; BVerfGE 154, 152 (241, Rn. 147) – BND.

<sup>448</sup> Vgl. hierzu *Ayres/Gertner*, Stan. L. Rev. 51 (1999), 1591 (1591), und die Kritik hieran; auch *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 566. Im Unterschied zur effizienzorientierten Analyse geht es hier hingegen um eine normative, fast demokratietheoretische Fundierung des *Majoritarian Defaults*.

nes Verbot, diese in ihrem Wesensgehalt anzutasten (Art. 19 Abs. 2 GG).<sup>449</sup> Antasten erfasst dabei nicht nur imperative, sondern auch faktische Verkürzungen. Es stellt sich mithin die Frage, was der Wesensgehalt der Grundrechte für die inneren Sphäre ist.<sup>450</sup> Dabei ist zwischen einer individualrechtlichen sowie einer institutionellen Ausprägung des Wesensgehalts zu unterscheiden.<sup>451</sup>

Nach dem individuellen Ansatz ist der Wesensgehalt zwar nicht stets mit dem Menschenwürdegehalt eines Grundrechts gleichzusetzen.<sup>452</sup> Der Wesensgehaltsschutz läuft jedoch mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gleich und ist deshalb faktisch relativiert.<sup>453</sup> Die Wesensgehaltsgarantie hat insofern ihre historische Bedeutung als Sicherungsinstrument für einschränkbare Grundrechte zugunsten des Verhältnismäßigkeitsprinzips eingebüßt.<sup>454</sup> Für den Schutz der inneren Sphäre kommt ihr keine eigenständige Bedeutung zu.

Darüber hinaus hat die Wesensgehaltsgarantie eine institutionelle Seite. Hiernach dürfen Einschränkungen nicht dazu führen, „daß das begrenzte Grundrecht im Leben des Gemeinwesens keine Wirksamkeit mehr entfalten kann“<sup>455</sup>. Dabei ist es zentral anzuerkennen, dass gerade die innere Sphäre, die innere Autonomie, Grundlage der Gemeinschaft ist. Sie hat eine konstituierende Bedeutung mit Blick auf die demokratische Selbstbestimmung, wie auf das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Zusammenleben – mithin für das „soziale Leben im Ganzen“<sup>456</sup>. Besitzen die Menschen keine hinreichende innere Freiheit (mehr), gerät ihr gesamtes äußeres Handeln zu einer reinen Hülle. Die Unbeeinflusstheit der inneren Sphäre hat insoweit eine besondere Bedeutung nicht

<sup>449</sup> H. M., vgl. Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Art. 19 Abs. 2, Rn. 9; zur a. A., wonach dies nur für ausdrücklich einschränkbare Freiheitsgrundrechte gilt Enders, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 53. Erg.-Lfg. (Nov 2022), Art. 19, Rn. 21 ff., m. w. N.

<sup>450</sup> Wobei in horizontaler Hinsicht gilt, dass „für jedes Grundrecht aus seiner besonderen Bedeutung im Gesamtsystem der Grundrechte ermittelt werden“ muss, was den Wesensgehalt jeweils ausmacht; BVerfGE 109, 133 (156) – Sicherungsverwahrung, st. Rspr.

<sup>451</sup> Enders, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 53. Erg.-Lfg. (Nov 2022), Art. 19, Rn. 26 ff.

<sup>452</sup> BVerfGE 109, 279 (311) – Großer Lauschangriff, erkennt aber auch „mögliche Kongruenz im Einzelfall“ an; Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Art. 19 Abs. 2, Rn. 11, 17, 20; Enders, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 53. Erg.-Lfg. (Nov 2022), Art. 19, Rn. 28. A. A. Kokott, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR I, 2004, § 22, Rn. 89; Huber, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 19, Rn. 130; ähnlich Rixen, in: Sachs (Hrsg.), GG, 2021, Art. 2, Rn. 105.

<sup>453</sup> Für Identität Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 19, Rn. 40; in diese Richtung i. E. auch Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Art. 19 Abs. 2, Rn. 18 (teleologische Reduktion); so wohl auch BVerfGE 109, 133 (156, Rn. 96) – Sicherungsverwahrung; BVerfGE 115, 118 (165) – LuftsicherheitsG; BVerfGE 117, 71 (96, Rn. 87) – Strafrestaussatzung. Für Eigenständigkeit Enders, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 53. Erg.-Lfg. (Nov 2022), Art. 19, Rn. 30.

<sup>454</sup> Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Art. 19 Abs. 2, Rn. 2, 8.

<sup>455</sup> Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Art. 19 Abs. 2, Rn. 13, m. w. N.

<sup>456</sup> BVerfGE 2, 266 (285) – Notaufnahme.

nur „für das Gesamtsystem der Grundrechte“<sup>457</sup>, sondern das Gesamtsystem des Grundgesetzes an sich.

Mit Blick auf die institutionelle Seite der Wesensgehaltsgarantie dürfen Einwirkungen die innere Sphäre der Menschen nicht in ihren Grundfesten antasten – weder im Rahmen einzelner Grundrechte noch über alle Freiheitsgrundrechte hinweg. Vorzunehmen ist eine Gesamtschau aller staatlichen Einflüsse, die auf die innere Sphäre wirken. Diese Einwirkungen dürfen weder einzeln noch zusammen betrachtet ein Maß überschreiten, das einer generellen inneren Unfreiheit nahekommt. Die notwendige Gesamtschau bedeutet zugleich, dass der Staat nicht alle seine Regelungsbestrebungen – gleichwohl dies effektiv sein mag – durch Einwirkungen auf den Entscheidungsprozess herbeiführen darf. Er ist vielmehr gezwungen, sich eines Instrumentenmixes zu bedienen. Dass der Staat diese *orwellsche* Schwelle überspringt, zeichnet sich derweil nicht ab.

### c) *Nur ausnahmsweise absoluter Schutz*

Die innere Sphäre stellt einen zentralen Bestandteil des grundrechtlichen Freiheitsschutzes dar. Gleichwohl schützt das Grundgesetz sie – wie dies bei der äußeren Sphäre der Fall ist – nur in Ausnahmefällen absolut. Alleine solche Einwirkungen, die keinen eigenen Reflexions- und Entscheidungsspielraum belassen oder den eigenverantwortlichen Prozess subjektiver Entscheidungsfindung völlig verkennen, stellen eine modale bzw. eine modal-finale Würdeverletzung dar. Zudem ist es dem Staat untersagt, dem Mittel der Einwirkung auf den Entscheidungsprozess in seinem Instrumentenmix eine dominierende Rolle zukommen zu lassen. Dies würde die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) verletzen. Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten an sich ist hingegen grundsätzlich rechtfertigbar.

## III. *Materielle Rechtfertigung*

Berühren Eingriffe in die innere Sphäre weder die Menschenwürde noch die Wesensgehaltsgarantie, sind sie rechtfertigbar. Zwei Kriterien sind für ihre Rechtfertigung bedeutend: Die Verhältnismäßigkeit (unten 1.) und der Vorbehalt des Gesetzes (unten 2.).

### 1. *Verhältnismäßigkeit*

Greift der Staat in die innere Sphäre ein, gilt es anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu ermitteln, ob er damit einen gerechtfertigten Grundrechtseingriff vollzogen hat. Der Grundrechtseingriff muss einem legitimen Sach-Zweck

<sup>457</sup> BVerfGE 22, 180 (219) – Jugendhilfe; BVerfGE 109, 133 (156) – Sicherungsverwahrung.

(„Ziel“) dienen und als Mittel zu diesem Ziel geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne (d. h. angemessen) sein.<sup>458</sup>

### a) Legitimität des Zwecks und Ziels

Grundsätzlicher und primärer legitimer Zweck von Freiheitsverkürzungen ist der Schutz Dritter.<sup>459</sup> Dies drückt sich prominent in *Mills Harm Principle* aus: Hiernach darf der Staat die Freiheit der einen zum Schutz der Freiheit der anderen einschränken.<sup>460</sup> Ökonomisch gesprochen geht es hier stets um die Unterbindung externer Effekte. Kosten einer Handlung sind in diese bzw. in einen Austausch nicht einbezogen, sondern treffen Dritte (bzw. die Allgemeinheit).<sup>461</sup> Die konkret verfolgten Schutzziele<sup>462</sup> wiederum muss die Verfassung als legitime Sach-Zwecke („Ziele“) anerkennen.<sup>463</sup> Beispiele für derartige Ziele sind einerseits Rechte und Freiheiten Einzelner, wie sie sich in den Grundrechten ausdrücken, andererseits Allgemeinwohlbelange wie der Umweltschutz, die Verkehrssicherheit, die Demokratie etc.<sup>464</sup> Nutzt der Staat die Rationalitätsdefizite der Menschen aus, kann er damit grundsätzlich jeden legitimen Zweck und jedes legitime Ziel verfolgen. Er ist nicht darauf beschränkt, Rationalität herzu-

<sup>458</sup> BVerfGE 141, 220 (265, Rn. 93) – BKA-Gesetz, st. Rspr.; vgl. etwa *Hillgruber*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR IX*, 2011, § 201, Rn. 51.

<sup>459</sup> Hier vorerst i. S. e. Recht zum Schutz (Schutzrecht) – bei einer Schutzpflicht verstärkt bzw. verdichtet sich dieses zu einer Handlungspflicht des Staates. Das Dürfen verwandelt sich dann in ein Müssen. Unterscheiden lässt sich so zwischen einer „Schutzberechtigung“ und einer „Schutzpflicht“ des Staates. Vgl. etwa *Schwabe*, *JZ* 1998, 66 (70); *Sandfuchs*, *Privatheit wider Willen?*, 2015, S. 116. Unberührt bleibt hiervon jd. das Ziel an sich. Die rechtfertigenden Zwecke und Ziele lassen sich so losgelöst von der Frage, ob der Staat sie nur verfolgen kann oder sogar verfolgen muss, systematisieren und auf ihre Legitimität hin beleuchten. Eine Schutzpflicht ist nicht selbst der legitime Zweck.

<sup>460</sup> *Mill*, *On Liberty*, 1859, S. 22; hierzu *Sandfuchs*, *Privatheit wider Willen?*, 2015, S. 141 f.

<sup>461</sup> So etwa auch *Sandfuchs*, *Privatheit wider Willen?*, 2015, S. 142, 212 f.

<sup>462</sup> Daneben steht die Frage, wie das Ziel einer Maßnahme praktisch zu ermitteln ist. So ist das Ziel nicht auf das beschränkt, was die handelnden Akteur:innen subjektiv gewollt haben – wie es sich etwa aus Gesetzgebungsmaterialien ergibt –, sondern folgt auch aus dem „objektiven Gehalt des Gesetzes und seine[r] Wirkung im heutigen Wirtschaftsleben“, BVerfGE 21, 292 (299) – *Rabattgesetz*; BVerfG, *NJW* 1998, 1776 (1777) – *Altersgrenze Vertragsärzte*.

<sup>463</sup> Vgl. *Hillgruber*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR IX*, 2011, § 201, Rn. 54; BVerfGE 124, 300 (331) – *Wunsiedel*; wobei *Lüdemann*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), *StREU III*, 2022, § 65, Rn. 31, zu Recht anmerkt, dass das Ziel als „Ausgangs- und Bezugspunkt“ der Rechtfertigungsprüfung einer genauen Bestimmung bedarf. Das BVerfG bezeichnet sowohl Rechte Dritter als auch Allgemeinwohlbelange als „Gemeinwohlziele“, BVerfGE 128, 1 (48) – *Genetechnik*; dort auch ein anschauliches Beispiel, wie eine Maßnahme mehrere Schutzziele in sich vereinen kann.

<sup>464</sup> Vgl. zur ungleich schwierigeren Frage, was das Gemeinwohl als solches darstellt *Martini*, *Hoheitliche Verteilungslenkung*, 2008, S. 222 ff. In juristischer Hinsicht gilt, dass die „Bindung an das Gemeinwohl [...] lediglich eine Chiffre für die nur verfassungsrechtlich begrenzte Zweckbestimmungskompetenz des Gesetzgebers“ ist, *Sachs*, in: *ders.* (Hrsg.), *GG*, 2021, Art. 20, Rn. 149.

stellen.<sup>465</sup> Mit Blick auf die Organspende ist das Ziel der Widerspruchslösung etwa, mehr Menschen, die auf eine Organ- oder Gewebespende angewiesen sind, die Möglichkeit zu geben, ein oft lebensrettendes Organ zu erhalten.<sup>466</sup> In verfassungsrechtlichen Worten geht es um zulässigen Drittschutz, in Gestalt des Schutzes des Lebens (Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG) anderer.

### b) Geeignetheit

Der Staat kann aus verschiedenen Bewirkungsformen – Zwang/Umweltveränderung, Anreiz/Normbefehl oder Information/Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten<sup>467</sup> – wählen, um sein Ziel zu erreichen. Wählt er einen Eingriff in die innere Sphäre, muss dieser – wie jede andere Bewirkungsform – geeignet sein, das verfolgte Ziel zu erreichen. Hierfür ist notwendig, dass die Maßnahme die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der angestrebte Erfolg eintritt.<sup>468</sup> Gleichzeitig ist nicht erforderlich, dass das Mittel den Zweck vollständig und stets erreicht.<sup>469</sup>

Insofern gilt es auf der Stufe der Geeignetheitsprüfung, den Eingriff in die innere Sphäre als solchen zu betrachten – nicht in Relation zu anderen Bewirkungsformen. Entscheidend ist nicht, dass die gewählte Art der Bewirkung die effektivste ist, sondern dass sie überhaupt wirkt. Zu bewerten ist die praktische Wirksamkeit der Maßnahme – eine in erster Linie empirische Frage.<sup>470</sup> Schätzt der Gesetzgeber die Wirksamkeit ein, kommt ihm ein „Prognosespielraum“<sup>471</sup> zu – wobei die verfassungsgerichtliche Überprüfungsdichte nach der Komplexität der Materie variiert.<sup>472</sup> So genügt es im Grundsatz, wenn der Gesetzgeber die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpft, um möglichst zuverlässig abschätzen zu können, wie sich seine Regelung auswirkt.<sup>473</sup> Hierzu muss er sachverständige Einschätzungen einbeziehen und auswerten.<sup>474</sup>

<sup>465</sup> Gebhardi, Verhaltensökonomische Steuerungsinstrumente, 2022, S. 327 ff.

<sup>466</sup> BT-Drs. 19/11096, 25.6.2019, S. 2.

<sup>467</sup> S. oben § 1 A. IV.

<sup>468</sup> BVerfGE 138, 136 (189, Rn. 139) – Erbschaftssteuer; s. etwa *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 20, Rn. 150 f.

<sup>469</sup> Es besteht kein (gerichtlich überprüfbares) Optimierungsgebot; BVerfGE 96, 10 (23 ff.) – Räumliche Aufenthaltsbeschränkung; BVerfGE 113, 167 (234) – Risikostrukturausgleich.

<sup>470</sup> Poscher, in: Herdegen/Masing/Poscher et al. (Hrsg.), HdbVerfR, 2021, § 3, Rn. 62; BVerfGE 134, 366 (404 ff.) – OMT-Beschluss; BVerfGE 145, 20 (78) – Spielhallen.

<sup>471</sup> BVerfGE 150, 1 (89 f., Rn. 174 ff.) – Zensus II; ähnlich BVerfGE 99, 341 (345) – Testierfreiheit. Das BVerfG verwendet hier nicht stets einheitliche Begriffe, so spricht es auch von „Beurteilungs- und Gestaltungsraum“, BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter; hierzu *Vofßkuhle*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 93, Rn. 44.

<sup>472</sup> BVerfGE 150, 1 (89, Rn. 173) – Zensus II; vgl. auch BVerfGE 153, 182 (272, Rn. 237) – Suizidhilfe; *Ossenbühl*, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 458, 496 ff.

<sup>473</sup> BVerfGE 150, 1 (89 f., Rn. 174 f.) – Zensus II.

<sup>474</sup> BVerfGE 150, 1 (89 f., Rn. 174 f.) – Zensus II.

Wenn der Gesetzgeber in die innere Sphäre einwirkt, insbesondere Rationalitätsdefizite ausnutzt, um seine Ziele zu erreichen, muss er auf der Grundlage vorhandener Erkenntnisse einschätzen, welche Wirkungsstärke und -richtung seine Maßnahme hat. Eigene Untersuchungen hat er zwar nicht anzustellen – politisch empfehlenswert ist es gleichwohl. Insofern lassen sich die Überlegungen zur Ermittlung der Steuerungswirkung hier entsprechend heranziehen: Vorhandene verhaltensökonomische Studien ebenso wie qualitative Einordnungen einzelner Entscheidungsumgebungen müssen die Basis der gesetzgeberischen Bewertung sein.<sup>475</sup> Hierauf gestützt ist zu ermitteln, ob eine gewisse Gestaltung das gesetzgeberische Ziel fördert – Entscheidungen also in die vom Gesetzgeber gewünschte Richtung lenkt.

Die Widerspruchslösung bei der Organspende greift in die innere Sphäre der Menschen ein, um ihr Ziel zu erreichen. Sie bedient sich einer verhaltensökonomisch wirksamen Voreinstellung, die wiederum den *Default Effect* ausnutzt.<sup>476</sup> Generelle Studien zu Voreinstellungen belegen ihre Steuerungswirkung und -richtung sehr gut. Zudem zeigen konkrete Fälle, in denen Staaten eine Widerspruchslösung nutzen, dass der Gesetzgeber sein Ziel, „die Anzahl der Organspender [zu] erhöh[en]“<sup>477</sup>, erreichen würde.<sup>478</sup>

### c) Erforderlichkeit

Im Rahmen der Erforderlichkeit ist entscheidend, ob das ausgewählte Mittel das am wenigsten einschneidende (jedoch nicht minder effektive) aus dem Instrumentenkasten ist, der dem Gesetzgeber zur Verfügung steht.<sup>479</sup> Anders als bei der Prüfung der Geeignetheit geht es bei der Erforderlichkeit mithin darum, Bewirkungsformen untereinander zu vergleichen.

#### aa) Keine pauschale Beurteilung

Dieser Vergleich ist aus der Perspektive der *unmittelbar* Betroffenen der Maßnahme anzustellen.<sup>480</sup> Für diese stellt sich die Frage, ob der Eingriff in ihre innere Sphäre (stets) die mildeste Eingriffsart ist. Damit ist eine Kernfrage der Diskussion um den ‚liberalen Paternalismus‘ – mithin Paternalismus im

<sup>475</sup> S. oben § 2 B. III. 3. b).

<sup>476</sup> Vgl. oben § 1 A. II. 2. b) i) (a).

<sup>477</sup> BT-Drs. 19/11096, 25.6.2019, S. 2.

<sup>478</sup> Vgl. oben § 1 A. III. 3. a).

<sup>479</sup> *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 20, Rn. 152 f.

<sup>480</sup> Dies ist nicht zu verwechseln mit dem „klassischen“ Fall sog. staatlicher Informations-tätigkeit, wo es um mittelbar Betroffene (etwa Unternehmen, Religionsgemeinschaften) geht. Auch für mittelbar Betroffene stellt sich die Frage, ob eine Warnung für sie tatsächlich und stets milder ist als etwa ein Verbot (z. B. die Warnung vor Wein anstelle der Untersagung des Inverkehrbringens). Dies verneinen zu Information bzgl. mittelbar Betroffener *Murswiek*, DVBl 1997, 1021 (1022) (u. U. gleich wirksam, aber sogar „weit weniger freiheitlich“); *Kloepfer*, Staatliche Informationen, 1998, S. 34; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, S. 403.

uneigentlichen Sinn – aufgeworfen.<sup>481</sup> So vertreten die Proponent:innen des liberalen Paternalismus, dass Nudging i. e. S. im Vergleich mit Anreiz/Normbefehl sowie Zwang/Umweltveränderung stets das mildere Mittel sei.<sup>482</sup> Zentrale Begründung hierfür ist die fehlende Außenwirksamkeit dieses Steuerungsmittels.<sup>483</sup> Übersetzt in grundrechtliche Kategorien geht das Argument dahin, dass Eingriffe in die innere Sphäre stets milder als andere Bewirkungsformen sind, da sie Entscheidungs- und Handlungsfreiheit bewahren – mithin ohne Eingriffe in die äußere Sphäre auskommen.<sup>484</sup>

Ökonomisch betrachtet ist dieses Argument leicht zu entkräften: Entscheidend ist, ob ein anderes Mittel bei gleichen oder geringeren Kosten einen höheren oder gleich hohen Wirkungsgrad erreicht. Es geht mithin um eine Kosten-Nutzen-Analyse.<sup>485</sup> Hiernach ist kein Steuerungsmittel automatisch vorzugswürdig. Doch auch aus rechtlicher Perspektive kann die Ansicht, Nudging i. e. S. sei stets das mildere Mittel, nicht überzeugen. Denn nicht nur der Eingriff in die äußere Sphäre, sondern auch der Eingriff in die innere Sphäre verkürzt ein grundrechtliches Schutzgut. Dies macht deutlich, dass alle Bewirkungsformen grundrechtliche Freiheit potenziell weitreichend verkürzen können, jedoch in unterschiedlichen Sphären. Genau dies übersieht etwa *van Aaken*: Sie stellt alleine die Intensität des Eingriffs in die äußere Sphäre bzw. die Entscheidungsfreiheit in den Belastungsvergleich der Lenkungsmethoden ein – und greift insofern zu kurz.<sup>486</sup>

### bb) Inter-sphärischer Mittelvergleich

Um die Erforderlichkeit eines Eingriffs in die innere Sphäre zu beurteilen, ist es notwendig, Eingriffe in verschiedene Grundrechtssphären zueinander in Relation zu setzen. Um diesen inter-sphärischen Mittelvergleich anstellen zu können, bedarf es eines *tertium comparationis*, das es erlaubt, Einwirkungen auf die verschiedenen Sphären zueinander ins Verhältnis zu setzen.<sup>487</sup>

<sup>481</sup> S. oben § 1 B. II. 2; vgl. hierzu etwa auch *Gerg*, Nudging, 2019, S. 145 ff.

<sup>482</sup> *Aaken*, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109, 138, geht davon aus, dass „Wahlhilfen [...], da die Entscheidungsfreiheit nicht aufgehoben wird, ein erheblich milderer Mittel dar[stellen]“ als Wahlgebote und -verbote; vgl. *arguendo* bereits *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 105.

<sup>483</sup> *Aaken*, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109, 138; *Sunstein*, Yale L.J. 122 (2013), 1826 (1835); *ders.*, Harv. L. Rev. 127 (2014), 210 (210).

<sup>484</sup> Vgl. *Kreßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 281; *Kunzendorf*, Gelenkter Wille, 2021, S. 49.

<sup>485</sup> Die so wohl auch *van Aakens* Ansatz des „schonendsten Paternalismus“ zugrunde liegt; *Aaken*, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109, 134 ff.

<sup>486</sup> *Aaken*, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109, 134 ff.

<sup>487</sup> Vgl. etwa *Poscher*, in: Herdegen/Masing/Poscher et al. (Hrsg.), HdbVerfR, 2021, § 3, Rn. 69 ff., zum Problem der „Inkommensurabilität“, jd. i. R. d. Angemessenheit.

Geht man davon aus, dass nicht stets eine Sphäre zu Gunsten der anderen zu schützen ist – also die äußere immer vor der inneren oder *vice versa* – bietet sich ein Vergleichsmaßstab an, der *die jeweiligen Eingriffstiefen* innerhalb eines Grundrechts zueinander in Bezug setzt.<sup>488</sup> Entscheidend ist mithin, ob sich ein tiefgreifender Eingriff in die eine Sphäre durch einen leichteren in die andere Sphäre ersetzen lässt. Es zeigt sich erneut der Vorzug der vorliegenden Konzeption des Schutzes der inneren Sphäre: Sie ermöglicht es, Eingriffe in verschiedene Sphären eines Grundrechts – nicht in verschiedene Grundrechte – zu vergleichen. Eine über den Intensitätsvergleich hinausgehende Wertigkeitsabwägung zwischen Grundrechten ist so nicht erforderlich.<sup>489</sup>

Der inter-sphärische Mittelvergleich bedeutet im Ergebnis, dass die notwendige Eingriffsintensität zwischen verschiedenen Sphären nicht pauschal zu Lasten einer Sphäre geringer bzw. höher ausfällt. Hieraus folgt, dass es keine feststehende Stufung der Bewirkungsformen gibt.<sup>490</sup> Das Grundgesetz kennt keine Maßnahmen-Pyramide, etwa der Form *Eröffnung von Verhaltensoptionen* > *kommunikative Beeinflussung* > *Nudge i. e. S.* > *Anreiz* > *Ver-/Gebot*.<sup>491</sup> Eine solche „Interventionsleiter“<sup>492</sup> unterschätzt die Einwirkungsmöglichkeiten auf die innere Sphäre und vernachlässigt zugleich ihren Wert in der Architektur der Grundrechte.<sup>493</sup>

Vielmehr gilt es, jeweils die Eingriffstiefe in die Sphären zueinander in Bezug zu setzen. So hält *Kloepfer* mit Blick auf Information/Warnung fest, dass „der beherrzte Griff zum ‚harten‘ Ordnungsrecht letztlich freiheitsschonender sein [kann] als das Ausweichen auf vermeintlich ‚weiche‘ Informationen“<sup>494</sup>. Eben diese Feststellung gilt angesichts der Erkenntnisse der verhaltensökonomischen

<sup>488</sup> In diese Richtung *Poscher*, in: Herdegen/Masing/Poscher et al. (Hrsg.), HdbVerfR, 2021, § 3, Rn. 71 ff. Eine formalisierte Aufbereitung bei *Veel*, LEHR 4 (2010), 178 (195 ff.); dazu *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 65 ff.

<sup>489</sup> Diese müsste etwa *Gerg*, Nudging, 2019, S. 145 ff., anstellen, unterlässt dies jd.

<sup>490</sup> Bereits früh in diese Richtung *Kloepfer*, Staatliche Informationen, 1998, S. 20. S. auch *White*, Manipulation of Choice, 2013, S. 90 ff.

<sup>491</sup> In diese Richtung *Krefßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 268.

<sup>492</sup> *Krefßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 268.

<sup>493</sup> Im Kern scheint dies auch *Krefßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 268, bewusst, wenn er festhält, dass je „nach Ausgestaltung im konkreten Fall [...] etwa in einer durch einen Nudge hervorgerufenen Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein stärkerer Grundrechtseingriff gesehen werden [kann,] als in einem Verbot als Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit“. Insofern ist die Interventionsleiter auch innerhalb *Krefßners* eigener Konzeption der Grundrechtsrelevanz der Maßnahmen bereits nicht überzeugend: Wenn „Eingriffe in die innere Freiheit das allgemeine Persönlichkeitsrecht tangieren, [...] Eingriffe in die äußere Freiheit die allgemeine Handlungsfreiheit“, *ebd.*, dann müsste genau umgekehrt der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht schwerer zu gewichten und damit die Interventionsleiter genau umgekehrt aufgebaut sein. Verstärkt wird der Eindruck dadurch, dass *Krefßner* selbst davon ausgeht, dass „Suggestive und manipulative Techniken [...] einen Grundrechtseingriff [begründen], der hohe Rechtfertigungsanforderungen stellt“, *ebd.*, S. 276.

<sup>494</sup> *Kloepfer*, Staatliche Informationen, 1998, S. 34.

Forschung umso mehr.<sup>495</sup> Die Forschung belegt, dass das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten besonders wirk- und damit eingriffsintensiv sein kann. Als Bewirkungsform ist der Eingriff in die innere Sphäre so nur erforderlich, wenn sich derselbe Erfolg nicht mithilfe eines Anreizes/Normbefehls oder eines Zwangs/einer Umweltveränderung weniger belastend herstellen lässt.

Bei der Organspende zeigt sich, welche vielfältigen Mittel dem Gesetzgeber zur Verfügung stehen: Neben dem Gebot der Organspender:inneneigenschaft, mithin der gesetzlichen Anordnung, dass Organe *post mortem* zu entnehmen sind, kann er finanzielle Anreize schaffen, zu Aufklärungskampagnen greifen oder das medizinische Personal besser ausbilden.<sup>496</sup> Entscheidet er sich für die verhaltensökonomisch wirksame Voreinstellung, darf diese in einem inter-sphärischen Mittelvergleich nicht unterliegen. Die Wirksamkeit der Maßnahmen ist dabei wohl – basierend auf vorhandenen Erfahrungen – wie folgt abgestuft: Gebot > Widerspruchslösung > bessere Ausbildung > Anreiz > Aufklärung.<sup>497</sup> Zugleich sind gerade das Gebot und die Widerspruchslösung mit sehr tiefen Grundrechtseingriffen verbunden – anders als etwa eine bessere Ausbildung und Aufklärung. Insofern findet sich aber wohl – gerade unter Einbezug der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers – kein im Vergleich zur Widerspruchslösung milderer, aber gleich wirksames Mittel. Alleine das Gebot scheint ähnlich wirksam – ist aber ebenso eingriffsintensiv.

#### d) Angemessenheit

Schließlich gilt es zu prüfen, ob ein geeigneter und erforderlicher Eingriff in die innere Sphäre angemessen ist.<sup>498</sup> Angemessenheit setzt voraus, dass Beeinträchtigungen nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen.<sup>499</sup> Von zentraler rechtlicher Bedeutung ist es, bei der Abwägung die Spezifika des eingesetzten Steuerungsinstruments in Rechnung zu stellen.<sup>500</sup> Nutzt der Staat Rationalitätsdefizite aus, liegt die Besonderheit darin, dass er die Freiheit in einer eigenen

<sup>495</sup> Ähnlich auch Gerg, Nudging, 2019, S. 148, nach dem „Nudging [...] nicht pauschal milder [ist] als das Ordnungsrecht“ – vielmehr gelte: „die Eingriffsintensität bestimmt sich nach dem Einzelfall“. Damit ist selbstverständlich wenig gewonnen. I. E. auch Lüdemann, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 65, Rn. 28.

<sup>496</sup> Vgl. Bundesamt für Gesundheit, Erhöhung der verfügbaren Organe, 2013, S. 51 ff., zu denkbaren Maßnahmen.

<sup>497</sup> Wobei die Widerspruchslösung insbes. dann an praktischer Wirksamkeit verliert, wenn sie nicht tatsächlich angewandt wird, s. hierzu Bundesamt für Gesundheit, Erhöhung der verfügbaren Organe, 2013, S. 21 ff.

<sup>498</sup> Die Frage nach der Angemessenheit steht nicht im Zentrum der vorliegenden Untersuchung. Sie hat für die Analyse von Schutzpflichten nur untergeordnete Bedeutung; entscheidend im horizontalen Verhältnis ist die praktische Konkordanz (s. unten Dritter Teil, § 5, 6).

<sup>499</sup> BVerfGE 133, 277 (332, Rn. 109) – Antiterrordateigesetz.

<sup>500</sup> Lüdemann, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 105, zum edukatorischen Staatshandeln.

Grundrechtssphäre beschränkt.<sup>501</sup> Um festzustellen, ob dieser Eingriff angemessen ist, gilt es, die Eingriffsintensität innerhalb eben dieser Freiheitssphäre zu betrachten. Die mögliche Eingriffsintensität stellt sich dabei als ein Kontinuum dar. Einwirkungen auf eine jede Freiheitssphäre können jeweils schwach bis verunmöglichend stark wirken. Gerade für Eingriffe in die innere Sphäre ist der Grad der Wirkung entscheidend. Die hierin begründete Eingriffsintensität muss bei einer Gesamtbewertung angemessen und (deshalb) für die Betroffenen zumutbar sein.<sup>502</sup> Es erfolgt ein „proportionale[r] Vergleich von Realisierungsgraden“<sup>503</sup>.

Aus ökonomischer Sicht ist diese Bewertung theoretisch leicht vorzunehmen: Wenn der Nutzen die Kosten einer Maßnahme nicht übersteigt – sie mithin Kaldor-Hicks-effizient ist – fällt die ökonomische Bewertung zu ihren Gunsten aus.<sup>504</sup> Die rechtliche Bewertung ist hingegen nicht so einfach. Bei einer Maßnahme, die auf die innere Sphäre zielt, sind zwei Besonderheiten zu berücksichtigen. Zum einen trifft sie (faktisch) alle, die mit ihr in Berührung kommen. Im Unterschied zu dem Gesetz (und der Umweltveränderung sowie dem Anreiz) wirkt die Gestaltung einer Entscheidungsumgebung auch in die innere Sphäre derjenigen ein, die sich zielkonform verhalten. Der Anreiz zum CO<sub>2</sub>-Sparen oder ein Gesetz gegen das Töten beschränkt die Zielkonformen faktisch nicht in ihrer Freiheit – eine Schockwarnung auf Tabakprodukten hingegen wirkt genauso auf diejenigen, die nicht rauchen. Zum anderen trifft eine Maßnahme, die auf die innere Sphäre zielt, nicht alle gleich. Ein Verbot belegt alle Normunterworfenen mit derselben Strafordrohung. Eine Maßnahme, die Rationalitätsdefizite ansprechen soll, wirkt bei unterschiedlichen Menschen mit verschieden ausgeprägten Rationalitätsdefiziten unterschiedlich stark. Die Heterogenität der vorhandenen Rationalitätsdefizit zwischen Betroffenen bedingt, dass eine Entscheidungsgestaltung manche Menschen stärker und andere schwächer lenkt.

Schließlich ist von besonderer Bedeutung, dass gerade bei einem Eingriff in die innere Sphäre (intrafunktionale) Saldierungseffekte („Kompensationen“<sup>505</sup>) entstehen können. Dies ist dann der Fall, wenn der Eingriff bei Betroffenen keine Rationalitätsdefizite ausnutzt, sondern eine rationalere, informiertere

---

<sup>501</sup> In diese Richtung auch *Gerg*, Nudging, 2019, S. 148, unter Verweis auf *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 105. Wobei es, anders als *Gerg*, Nudging, 2019, S. 148, meint, nicht um „ganz andere[n] Form[en] der Freiheitsbeschränkung“ geht.

<sup>502</sup> BVerfGE 130, 372 (391 ff.) – Maßregeln; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 20, Rn. 154 f. Das kann bei vergleichsweise geringer Intensität schon überschritten sein, etwa dem Anbringen von Kreuzfixen in Klassenräumen; vgl. BVerfGE 93, 1 (23 f.) – Kreuzifix.

<sup>503</sup> *Poscher*, in: Herdegen/Masing/Poscher et al. (Hrsg.), HdbVerfR, 2021, § 3, Rn. 72.

<sup>504</sup> Zu den Effizienzmaßstäben vgl. bereits oben § 1 C. I.; s. auch *Azevedo Palu*, Spielräume und Kompetenzen, 2019, S. 152 ff.; *Guthke*, Ökonomische Verhältnismäßigkeit, 2003, S. 45 ff. In diese Richtung auch *Poscher*, in: Herdegen/Masing/Poscher et al. (Hrsg.), HdbVerfR, 2021, § 3, Rn. 70.

<sup>505</sup> *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 20, Rn. 154.

Entscheidung herstellt. Derartige Einwirkungen bleiben zwar aus abwehrrechtlicher Sicht Eingriffe. Sie können aber zugleich als (echtes) Leistungsrecht rechtskreiserweiternd wirken.<sup>506</sup>

Die vorgegangenen Überlegungen offenbaren eine komplexe Gemengelage. Sie für jeden Einzelfall aufzulösen geht über das hinaus, was diese Arbeit zu leisten in der Lage ist. Gleichwohl kann die Untersuchung intrikate Fragen beantworten, die Eingriffe in die innere Sphäre auf allen Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung aufwerfen. Mit Blick auf die Angemessenheit der Widerspruchslösung bei der Organspende gilt insofern, dass ein Eingriff in die innere Sphäre nur dann gerechtfertigt ist, wenn er allen Betroffenen gegenüber zumutbar ist. Hier ist einerseits zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber gerade wesentlich mildere, aber nur wenig minder wirksame Maßnahmen vollständig ausgeschöpft haben muss, um tiefgreifende Eingriffe wie Gebot oder Widerspruchslösung anordnen zu dürfen. Zugleich zeigt sich, dass die Wahl zwischen Gebot und Widerspruchslösung keineswegs eindeutig ist. Damit eine Widerspruchslösung im Vergleich zum Gebot zumutbar ist, muss zumindest sichergestellt sein, dass es sich tatsächlich um eine Voreinstellung im Sinne des Mehrheitswillens handelt und die flankierenden Maßnahmen, die eine möglichst autonome Abwahl ermöglichen sollen, weitgehend sind.<sup>507</sup> Nur dann ist die autonomiegefährdende Einwirkung auf die innere Sphäre zumutbar.

## 2. Vorbehalt des Gesetzes

Eingriffe in Grundrechte unterliegen dem Vorbehalt des Gesetzes. Dies gilt für alle Eingriffe, auch solche nach dem modernen Eingriffsverständnis, mithin nicht-imperative Eingriffe.<sup>508</sup> Insofern ist der Vorbehalt des Gesetzes auf (hier unmittelbare!<sup>509</sup>) Eingriffe in die innere Sphäre anwendbar.<sup>510</sup> Anders läge es alleine dann, wollte man Einwirkungen auf die innere Sphäre als unvorhersehbar einordnen.<sup>511</sup> Doch kann dies nicht überzeugen. Jedenfalls Maßnahmen, die unmittelbar auf die innere Sphäre Einzelner einwirken sind gerade nicht unvor-

<sup>506</sup> S. hierzu oben Zweiter Teil, Fn. 204.

<sup>507</sup> Vgl. Lindner, Unwissenheit schützt vor Spende nicht?, *Verfassungsblog*, 8.7.2019, der das „Überrumpelungsproblem“ mithilfe der „verfahrens- und organisationsrechtliche[n] Dimension der Grundrechte“ einzuhegen trachtet.

<sup>508</sup> Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 105.

<sup>509</sup> Hier wieder der Vorzug der hier vertretenen Ansicht; anders wohl Ingold, *Desinformationsrecht*, 2011, S. 56, der von „indirekt[en] und mittelbar[en]“ Einflüssen spricht.

<sup>510</sup> So i. E. auch O'Hara, AöR 145 (2020), 133 (182); zu Abschreckungseffekten Oermann/Staben, *Der Staat* 52 (2013), 630 (655); jdfls. für „warnende Informationen“, *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573 (574); vgl. auch BVerfGE 47, 46 (82) – Sexualerziehung, zur Durchführung von Sexualerziehung.

<sup>511</sup> Bethge, in: Merten/Papier (Hrsg.), *HdbGR III*, 2009, § 58, Rn. 106; so i. E. auch Ingold, *Desinformationsrecht*, 2011, S. 56 ff., für (Des-)Informationstätigkeit; der dabei davon ausgeht, dass der eigentliche Gegenstand des Vorbehalts des Gesetzes nicht die Wirkung, sondern die staatliche Handlung ist – diese ist jd. selbst nicht unvorhersehbar.

hersehbar. Insofern besteht keine faktische Unregulierbarkeit. Frühere, davon abweichende Ansichten und Entscheidungen zu Information und Warnung haben nicht nur zu Recht Kritik erfahren,<sup>512</sup> sondern sich auch überholt: So fordert das BVerfG jüngst in der *LFGB*-Entscheidung implizit eine gesetzliche Grundlage für eine Warnung.<sup>513</sup>

Schließlich gilt der Vorbehalt des Gesetzes auch für Eingriffe, die einer Schutzpflicht folgen. Hier sieht die Verfassung zwar eine an den Staat gerichtete Pflicht zum Handeln vor.<sup>514</sup> Doch löst die Verfassung den Konflikt zwischen verschiedenen Grundrechten nicht selbst auf – die Grundrechte entfalten keine unmittelbare Drittwirkung.<sup>515</sup> Es tritt nicht das eine Grundrecht dergestalt zugunsten des anderen zurück, dass es nicht mehr gilt und zu beachten ist. Dies folgt auch daraus, dass Abwehrrecht und Schutzrecht gleichrangige Dimensionen der Grundrechte darstellen.<sup>516</sup> Der Schutzauftrag ist kein – wie das BVerfG noch in den *Glykol*- und *Osho*-Entscheidungen meinte – „unmittelbarer Titel, um Freiheitsrechte auch ohne gesetzliche Grundlage zu beschränken“<sup>517</sup>. Eine derartige verfassungsunmittelbare Eingriffsbefugnis ist mit der Gewaltenteilung, Rechtssicherheit, Kompetenzordnung und allgemeinen Freiheitsvermutung unvereinbar.<sup>518</sup> Die grundrechtlichen Schutzpflichten bzw. die ihnen zugrundeliegenden Grundrechtsbestimmungen sind insoweit Aufgaben-Normen, keine unmittelbar eingriffslegitimierenden Befugnis-Normen.<sup>519</sup> Es gilt ein „strikties Junktim“<sup>520</sup> zwischen Grundrechtseingriff und Vorbehalt des Gesetzes. Damit bedürfen Grundrechtseingriffe, die erforderlich sind, um eine Schutzpflicht zu erfüllen, einer gesetzlichen Grundlage.

#### IV. Formelle Rechtfertigung

Schließlich ergeben sich bei Eingriffen in die innere Sphäre hinsichtlich der formellen Rechtfertigungsanforderungen keine Besonderheiten. Die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass von Regelungen, die in die innere Sphäre ein-

<sup>512</sup> Vgl. BVerfGE 105, 279 (303 ff.) – *Osho*, und i. E. auch BVerfGE 105, 252 (272 f.) – *Glykol*; umfassend hierzu *Schmidt*, Staatliches Informationshandeln, 2004, S. 120 ff. Kritisch *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (555 ff.); *Klement*, DÖV 2005, 507 (510 ff.).

<sup>513</sup> Nur so ist denkbar, dass das BVerfG die gesetzliche Regelung an den Grundrechten prüft und gewisse Einschränkungen als fehlend gelten können; BVerfGE 148, 40 (60 ff., Rn. 56 ff.) – *LFGB*.

<sup>514</sup> Zur Schutzpflicht für die innere Sphäre der Grundrechte s. unten § 3 B.

<sup>515</sup> So die h. M., vgl. *Dietlein*, Grundrechtliche Schutzpflichten, 2005, S. 67 ff.; *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 42 ff.; *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 79, Rn. 48 f.

<sup>516</sup> S. oben § 2 A.

<sup>517</sup> *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (555).

<sup>518</sup> Instrukтив *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (555 f.).

<sup>519</sup> Vgl. *Dietlein*, Grundrechtliche Schutzpflichten, 2005, S. 68.

<sup>520</sup> *Petersen*, ZÖR 67 (2012), 459 (464).

greifen (bzw. dazu ermächtigen), ist Teil der jeweiligen Sachkompetenz. Jede Sachkompetenz umfasst das Recht, aus der Bewirkungstrias Zwang/Umweltveränderung, Anreiz/Normbefehl und Information/Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten (Nudge i. e. S.) auszuwählen.<sup>521</sup> Hinsichtlich Verfahren und Form der Gesetzgebung ergeben sich keine Abweichungen gegenüber anderen Bewirkungsformen.

### V. Ergebnis

Die Untersuchung der Rechtfertigung von Eingriffen in die innere Sphäre legt einige neue Wertungen offen. Sie zwingt dazu, den Blick für das untersuchte Phänomen noch einmal zu schärfen: Vorliegend geht es nicht (primär) um den Eingriffszweck als Antwort auf Rationalitätsdefizite, mithin um harten oder weichen Paternalismus. Im Zentrum der Betrachtung steht vielmehr die Überlegung von einem *Steuerungsmittel* her.

In Bezug auf das Mittel lässt sich eine zentrale Frage beantworten, die in der bisherigen Aufarbeitung völlig ungeklärt war: Eingriffe in die innere Sphäre folgen der allgemeinen Rechtfertigungsdogmatik und unterliegen den spezifischen Rechtfertigungsanforderungen des jeweils betroffenen Grundrechts. Zudem – und auch hier herrscht ein beeindruckendes Durcheinander an Ansichten – vermittelt die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht *per se* einen absoluten Schutz der inneren Sphäre. Die Menschenwürde ist alleine dann verletzt, wenn eine totale Fremdsteuerung vorliegt oder wenn die Menschen nicht mehr als ‚selbstverantwortliche Persönlichkeiten‘ anerkannt sind. Diese Schwelle kann die Widerspruchslösung bei der Organspende erreichen, wenn der Staat sie gegen den Willen der Mehrheit der Bevölkerung etablieren und er zudem eine Abwahl erheblich erschweren würde. Neben Art. 1 Abs. 1 GG vermittelt die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) einen Bereich absoluten Schutzes der inneren Sphäre: Die besondere Bedeutung der inneren Sphäre für das Gemeinwesen führt dazu, dass der Staat darin begrenzt ist, das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten zu seinem überwiegenden Steuerungsmittel zu machen.

Die eigentliche materielle wie auch formelle Rechtfertigung von Eingriffen in die innere Sphäre verläuft in gängigen Bahnen. Gerade im Rahmen der materiellen Rechtfertigung stellt indes die Verhältnismäßigkeitsprüfung mehrere neue Erkenntnisse heraus. Der Staat ist frei, aus der Bewirkungstrias Zwang/Umweltveränderung, Anreiz/Normbefehl oder Information/Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten (Nudge i. e. S.) auszuwählen, um seine Ziele zu verfolgen. Nutzt er Rationalitätsdefizite aus, muss dies geeignet sein, das verfolgte Ziel zu

<sup>521</sup> Dies stellt BVerfGE 148, 40 (49, Rn. 22) – LFGB, klar: Das „Recht der Lebensmittel“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG) erfasst hiernach „die Regelung der Informationstätigkeit der Behörden im Bereich des Lebensmittel- und Futtermittelrechts“.

erreichen. Hierbei ist es lohnend, die im Rahmen des Eingriffs entwickelten Kriterien der Wirkungsintensität heranzuziehen – mithin das Steuerungsmittel quantitativ-empirisch wie qualitativ-typisierend zu bewerten. Bei der Erforderlichkeit ist sodann ein (inter-sphärischer) Mittelvergleich anzustellen: Es gilt zu bewerten, ob der Staat aus der Bewirkungstrias das schonendste, gleich-effektive Mittel ausgewählt hat. Dabei ist der Eingriff in die innere Sphäre – der Nudge i. e. S. – gerade nicht stets das mildeste Mittel. Schließlich ist nach allgemeinen Maßstäben zu ermitteln, ob der (erforderliche) Eingriff in die innere Sphäre angemessen ist.

Bezüglich der Widerspruchslösung bei der Organspende bedeutet dies, dass sie als Steuerungsmittel nicht gegenüber anderen Bewirkungsformen stets milder und damit vorzugswürdig ist. Vielmehr stellen das Gebot der Organspender:inneneigenschaft und die Widerspruchslösung fast gleich eingriffsintensive und ähnlich wirksame Maßnahmen dar. Insofern findet sich zwar kein gleich wirksames, weniger eingreifendes Mittel. Die Widerspruchslösung ist jedoch nur dann verhältnismäßig, wenn sie zumutbar ausgestaltet ist – insbesondere der Staat hinreichend aufklärt und die Voreinstellung im Sinne der Mehrheit wählt.

### E. Zusammenschau des §2

Der Staat kann auf die innere Sphäre als geschützten Freiheitsbereich einwirken – mithin in diese eingreifen. Nutzt der Staat die Rationalitätsdefizite der Menschen aus, mangelt es bisher an einer einheitlichen grundrechtsdogmatischen Konzeptualisierung hierfür. Die vertretenen Ansätze sind von großer Disparität geprägt. So nahm *Jellinek* an, die innere Sphäre sei faktisch unantastbar. Keine 100 Jahre später kommt *van Aaken* zu der gegenläufigen, apodiktischen Annahme, der Eingriff in die innere Sphäre sei das schonendste aller Bewirkungsmittel. Als Kontrapunkt ruft *Grabenwarter* aus, innere Vorgänge seien absolut geschützt. Der vorliegenden Untersuchung ist es gelungen, die bislang vorherrschende dogmatische Kakophonie – jedenfalls in großen Teilen – aufzuarbeiten. Als zentraler und insofern gewinnbringender Ansatz erweist es sich, die Einwirkung auf die innere Sphäre (durch das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten wie durch Information) neben Zwang/Umweltveränderung und Anreiz/Normenbefehl als eigenständiges Steuerungsmittel innerhalb einer Bewirkungstrias zu begreifen. Dies erlaubt es – im Rahmen des klassischen Dreischritts der Grundrechteprüfung – die Eigenheiten des Bewirkungsmittels herauszuarbeiten und zu verorten.

Die so gewonnenen Argumentationslinien heben sich von der klassischen Perspektive der Literatur gegenüber verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen ab: Entscheidend ist die Frage, inwieweit der Staat sich der Einwirkung auf die innere Sphäre als Steuerungsmittel bedienen darf. Insofern geht es verfassungsrechtlich gesprochen um den abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte gegen-

über Einwirkungen auf die innere Sphäre – den Entscheidungsprozess bzw. die Prozessautonomie der Einzelnen. Die wesentlichen – für die vorliegende Analyse relevantesten – Erkenntnisse sind die folgenden:

1. Jedes Freiheitsgrundrecht schützt – als Teil seiner abwehrrechtlichen Dimension – die innere Sphäre der Grundrechtsträger:innen. Entscheidungsprozesse, insbesondere die Prozessautonomie, genießen abwehrrechtlichen Schutz. Grundrechtliches Schutzgut ist die innere Autonomie im Sinne einer Unbeeinflusstheit der Entscheidung – nicht etwa die Rationalität oder Effizienz der Entscheidung. Geschützt sind so gerade Entscheidungsprozesse, die von klassisch-ökonomischen und -philosophischen Annahmen der vollen Rationalität abweichen.
2. Jede finale, aber auch jede sonstige staatliche Einwirkung auf den Entscheidungsprozess stellt einen (rechtfertigungsbedürftigen) Eingriff in die innere Sphäre dar. Eingriffe in die innere Sphäre sind weder auf verdeckte Einflüsse begrenzt noch besteht eine Intensitätsschwelle für nicht-finale Lenkungserfolge. Zudem lässt sich aus dem Schutzgut eine Erkenntnis ableiten, die vielen hergebrachten Ansichten zu widersprechen scheint: Dass der Staat durch die Einwirkung eine rationalere, interessensgerechtere oder ‚richtigere‘ Entscheidung hervorruft, lässt den Eingriff *nicht* entfallen.
3. Eingriffe in die innere Sphäre können, insbesondere zum Schutz Dritter bzw. der Allgemeinheit, gerechtfertigt sein. Die innere Sphäre folgt der allgemeinen Grundrechtsdogmatik. Insbesondere müssen Eingriffe in sie verhältnismäßig sein. Dabei sind Eingriffe in die innere Sphäre gegenüber Eingriffen in die äußere Sphäre nicht stets das mildere Mittel – diese Annahme des sog. ‚liberalen Paternalismus‘ ist widerlegt. Vielmehr gilt es, im Rahmen eines inter-sphärischen Mittelvergleichs zu bestimmen, welches Steuerungsmittel gleich effektiv, aber milder ist.

### § 3 Schutzpflicht für die innere Sphäre der Grundrechte

Nicht nur der Staat, sondern auch Private können auf die innere Sphäre anderer einwirken und diese so lenken. Das Phänomen der ‚Dark Patterns‘ liefert dafür ein anschauliches Beispiel. Gerade die verhaltensökonomische Einordnung von Dark Patterns macht deutlich, mit welcher Zielgenauigkeit und Wirkmacht die Gestalter:innen digitaler Entscheidungsumgebungen in der Lage sind, Rationalitätsdefizite auszunutzen.<sup>522</sup> Dark Patterns finden dabei zwischen Privaten statt – grundrechtsdogmatisch gesprochen zwischen *nicht* unmittelbar grundrechtsgebundenen Akteur:innen (Art. 1 Abs. 3 GG).<sup>523</sup> Gleichwohl kann der Staat nicht tatenlos zusehen, wie sich Private untereinander verhalten. Bezogen hierauf gilt es, einen Perspektivwechsel in der verfassungsrechtlichen Analyse vorzunehmen: von dem abwehrenden zu dem schützenden Gehalt der Grundrechte (unten A.).<sup>524</sup> Das Beispiel der Dark Patterns ruft so die Frage auf den Plan, ob der Staat etwaige Grundrechtsgefährdungen durch Dritte für die innere Sphäre abwenden kann und in gewissen Situationen abwehren muss. Zu klären ist, inwieweit den Staat gegenüber der Einwirkung auf den Entscheidungsprozess unter Privaten eine grundrechtliche Schutzpflicht trifft – der Staat also etwa Dark Patterns entgegenwirken muss (unten B.). Ebenso liegt im Dunkeln, welche nachteiligen Auswirkungen mit einer Schutzmaßnahme für die innere Sphäre verbunden sein könnten – etwa Eingriffe in die Freiheit derjenigen, die der Staat eigentlich schützen will (unten C.).

#### A. Vorab: Freiheitsrechte als Leistungsrecht

Neben dem abwehrrechtlichen Gehalt haben Freiheitsrechte eine leistungrechtliche Funktion.<sup>525</sup> Aus der Perspektive der Grundrechtsträger:innen lassen sich verschiedene Dimensionen der Leistungsfunktion unterscheiden: ein Recht auf Schutz (unten I.), ein (echtes) Leistungsrecht (unten II.) sowie eine Bereitstellungspflicht (unten III.).<sup>526</sup> Zu klären ist, welche dieser Dimensionen greift,

<sup>522</sup> S. oben § 1 A. V. 2. b), c).

<sup>523</sup> Vgl. statt vieler *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 2021, Art. 1, Rn. 116 ff.

<sup>524</sup> Der Hinweis von *Böker*, Nudge, 2021, S. 73, und ähnlich *White*, Manipulation of Choice, 2013, S. 119, darauf, dass mit privater Steuerung zu rechnen und diese noch dazu grundrechtlich geschützt ist, führt dabei jd. nicht dazu, diesen Aspekt als unwichtig beiseitezuschieben – im Gegenteil, er macht die besondere Bedeutung dieser Gemengelage offensichtlich.

<sup>525</sup> S. bereits oben § 2 A.

<sup>526</sup> Zum Teil werden subjektive Leistungsrechte (bzw. Schutzpflichten) als Ausfluss einer objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte gesehen („Resubjektivierung“); *Alexy*, Der Staat 29 (1990), 49 (60 ff.); *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Vorb. v. Art. 1, Rn. 95; konstatierend *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1 (16 f.). Eine entsprechende Konzeption der Grundrechte als grds. (lediglich) objektive Rechtssätze hat jd. unter dem Grundgesetz, das Grundrechte explizit als bindende und insoweit auch zu „schützen[de]“ (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG) Rechtssätze definiert, keinen Platz mehr.

wenn der Staat die Einzelnen vor Dritten schützt, die deren Rationalitätsdefizite ausnutzen wollen (unten IV).

### I. Schutzpflicht (status positivus libertatis)

Zum Ersten ist die Leistungsdimension darauf gerichtet, den Rechtskreis der Berechtigten zu wahren.<sup>527</sup> Das *rechtskreisbewahrende* Leistungsrecht – d. h. die (grundrechtliche<sup>528</sup>) Schutzpflicht – stellt ein Spiegelbild des abwehrrechtlichen Gehalts der Grundrechte für Übergriffe Privater dar. Es begründet eine Schutzpflicht gegenüber dem Verhalten Dritter, die funktional im Gewaltmonopol des Staates verankert ist.<sup>529</sup> Verfassungsdogmatisch drückt sie sich in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG aus, wonach der Staat die Grundrechte „zu schützen“ hat.<sup>530</sup> Die Schutzpflicht dient insoweit der „Verstärkung [der] Geltungskraft“<sup>531</sup> der Freiheitsrechte.<sup>532</sup> Wirken Dritte von außen in nicht gerechtfertigter Weise auf grundrechtlich gewährte Freiheiten ein, hat der Staat diese Einwirkungen abzuwenden und die Grundrechte insofern zu schützen.<sup>533</sup>

### II. (Echtes) Leistungsrecht (status positivus socialis)

Neben dem rechtskreiswahrenden Leistungsrecht, also dem Schutzrecht, kann Grundrechten ein rechtskreiserweiternder leistungsrechtlicher Gehalt innewohnen.<sup>534</sup> Freiheitsgrundrechte können den Einzelnen einen Anspruch auf „Schaf-

<sup>527</sup> Mit *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 21 f., lässt sich dies als „status positivus libertatis“ bezeichnen. S. auch *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 1, Rn. 193 f. Vgl. grds. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 228 ff. Gegen Einordnung als Leistungsrecht *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Vorb. v. Art. 1, Rn. 101.

<sup>528</sup> Vgl. *Callies*, JZ 2006, 321 (322); *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 191, Rn. 3: Betonung von „Objekt und [...] Rechtsgrund des Schutzes“.

<sup>529</sup> *Callies*, JZ 2006, 321 (321); *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 154 ff.; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 37.

<sup>530</sup> *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 264. Ausführlich zu Schutzpflichten unter dem Grundgesetz *Dietlein*, Grundrechtliche Schutzpflichten, 2005, S. 26 ff.

<sup>531</sup> BVerfGE 50, 290 (337) – Mitbestimmung.

<sup>532</sup> Die Schutzpflicht lässt sich insoweit auch als *Sicherheit als Grundrechtsfunktion* beschreiben, angelehnt an *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 22 ff., der von einem „Grundrecht auf Sicherheit“ spricht; so auch *Klein*, NJW 1989, 1633 (1635 f.); *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 258 ff. Insofern ist im liberalen Verfassungsstaat das „Prinzip der Sicherheit durch den Staat“ nicht in Abgrenzung zum absolutistischen Staat „durch das Prinzip der Sicherheit vor dem Staat ersetzt, sondern lediglich um dieses erweitert“, *Dietlein*, Grundrechtliche Schutzpflichten, 2005, S. 23.

<sup>533</sup> Daneben erfasst die Schutzpflicht auch Gefahren natürlichen Ursprungs und Selbstgefährdung. Hierfür BVerfGE 157, 30 (112, Rn. 147) – Klimaschutzgesetz; vgl. *Dietlein*, Grundrechtliche Schutzpflichten, 2005, S. 102 ff.; *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR II, 2006, § 38, Rn. 24; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 38; a. A., Schutzpflicht nur gegen „Übergriffe anderer“, *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 267 ff.; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 191, Rn. 3.

<sup>534</sup> *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR II, 2006, § 38, Rn. 26. Mit *Isensee*, Grund-

fung von Leistungssystemen<sup>535</sup> vermitteln.<sup>536</sup> Eine derartige Leistungsdimension lässt sich einigen Freiheitsrechten des Grundgesetzes explizit entnehmen.<sup>537</sup> So gewährt das Grundgesetz der Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft (Art. 6 Abs. 4 GG).<sup>538</sup> Anderen Grundrechten lässt sich ein Leistungsrecht implizit, durch Auslegung entnehmen.<sup>539</sup> Grundlegende Idee eines solchen „Erfüllungsauftrag[s]“<sup>540</sup> des Staates ist der Ansatz, dass Grundrechtsausübung ohne Unterstützung oft nicht gelingen kann. Rechtlicher Anker der *Realisierungshilfe* ist das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG).<sup>541</sup>

### III. Bereitstellungspflicht (status activus)

Schließlich kommt (Freiheits-)Grundrechten eine Bereitstellungsfunktion zu. Sie vermittelt den Einzelnen einen Anspruch darauf, dass der Staat gewisse Einrichtungen schafft.<sup>542</sup> Unter die Bereitstellungspflicht fallen Voraussetzungen, die allgemein notwendig sind, um Freiheitsrechte auszuüben. So können die Einzelnen etwa die vom Grundgesetz gewährte Ehe-, Vertrags-, und Eigentumsfreiheit nur dann nutzen, wenn der Staat die notwendigen rechtlichen Einrichtungen bereitstellt.<sup>543</sup> Im Unterschied zu (echten) Leistungsrechten gewährt die Bereitstellungspflicht keine Rechtskreiserweiterung im Sinne einer Realisierungshilfe. Vielmehr ist der Staat gefordert, Voraussetzungen für die Grundrechtsausübung

---

recht auf Sicherheit, 1983, S. 21 f., lässt sich dies als „status positivus socialis“ bezeichnen. Das Leistungsrecht sollte nicht als „(originäres) Teilhaberecht“ bezeichnet werden; vgl. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 364. Denn sprachlich setzt Teilhabe etwas Bestehendes voraus. Dies ist hier jd., anders als bei dem (derivaten) Teilhaberecht, das insofern das einzig echte Teilhaberecht ist (s. unten Zweiter Teil, Fn. 536), nicht der Fall. Es geht hier vielmehr um „originäre Leistungsrechte“; *ebd.*, S. 364 ff.

<sup>535</sup> *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 363.

<sup>536</sup> Abzugrenzen ist dies von dem (echten bzw. derivaten) Teilhaberecht. Ein (derivates) Teilhaberecht ist auf „Ansprüche auf gleiche Teilhabe an etwas Bestehendem“, *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 361, gerichtet. Es stellt damit einen Gleichbehandlungsanspruch dar und richtet sich insofern als Ausfluss des Diskriminierungsverbots sachlich nach Art. 3 Abs. 1 GG; das Freiheitsrecht wirkt alleine verstärkend.

<sup>537</sup> *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 66, Rn. 10 ff.

<sup>538</sup> *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 2022, Art. 6, Rn. 66; *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 66, Rn. 18; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2022, Art. 6, Rn. 69; etwas weniger weitgehend *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 6, Rn. 219 ff.

<sup>539</sup> Etwa BVerfGE 33, 303 (333 ff.) – NC I; vgl. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 369 ff.

<sup>540</sup> *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 365. Ob dieser auch „allgemein“ ist, mithin jedem Freiheitsgrundrecht eine Leistungsdimension innewohnt, führt hier zu weit.

<sup>541</sup> In diese Richtung etwa *Murswiek*, WiVerw 1986, 179 (186); ähnlich *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 126.

<sup>542</sup> *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 363, jd. zu Leistungsrechten.

<sup>543</sup> Damit ist auch gesagt, dass nicht jede Regelung dieser Rechtsgegenstände ein abwehrrechtlich erfassbarer Sachverhalt ist, vgl. zu dieser Konstruktion etwa *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 18 ff.

unabhängig von konkreten Situationen zu schaffen.<sup>544</sup> Die Bereitstellungspflicht bezieht sich so auf normgeprägte (konstituierungs- bzw. konkretisierungsbedürftige) Freiheitsgrundrechte.<sup>545</sup> Doch auch die natürliche Freiheit ist zum Teil darauf angewiesen, dass der Staat normative Grundlagen bereitstellt. Zum Ersten muss der Staat die Rechts- und Geschäftsfähigkeit regeln. Zum Zweiten bedarf es solcher Regelungen, die erforderlich sind, um freiheitsrechtliche Schutzgüter zu konstituieren bzw. geschützte Handlungen rechtlich anzuerkennen.<sup>546</sup>

#### IV. Einordnung

Betrachtet man die Einwirkung auf die innere Sphäre durch Dritte, gerade mittels des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten, könnte auf den ersten Blick jede der drei leistungsrechtlichen Dimensionen der Freiheitsrechte auf den Plan gerufen sein. Gleichwohl überzeugt alleine die Einordnung unter die rechtskreisbewahrende Dimension des Leistungsrechts.

Die Bereitstellungspflicht ist mit Blick auf Dark Patterns nicht einschlägig. Der staatliche Schutz vor dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten durch Private zielt nicht auf eine Bereitstellung etwa der *Regeln* der Geschäftsfähigkeit. Instrumente wie das der rechtlichen Anerkennung von Willenserklärungen gilt es nicht zu schaffen, sondern gegebenenfalls im Sinne des Freiheitsschutzes fortzuentwickeln. Dies ist jedoch nicht Ausfluss der Bereitstellungspflicht.

Nur scheinbar unterfällt der Schutz davor, dass Dritte die Rationalitätsdefizite der Gegenüber ausnutzen, dem leistungsrechtlichen Gehalt der Grundrechte. Wendet der Staat etwa Dark Patterns ab, indem er bei den Handelnden an sich vorhandene Entscheidungsfehler ausgleicht und insofern rationalisierend einwirkt (also sog. De-Biasing betreibt), scheint er damit den Einzelnen zu helfen, grundrechtliche Freiheit zu realisieren. Ein dahingehendes, rechtskreiserweiterndes Leistungsrecht bezüglich der inneren Sphäre hat in der Debatte um Paternalismus – im Sinne eines Schutzes vor sich selbst – Aufmerksamkeit erfahren. Dabei geht es darum, inwieweit der Staat verpflichtet ist, die Einzelnen vor nicht voll-rationalen Entscheidungen und deren Folgen zu schützen.<sup>547</sup> Entscheidend ist hiernach, ob der Staat Rationalität herstellen muss.<sup>548</sup> Dies

<sup>544</sup> Die Bereitstellungspflicht stellt insoweit die subjektive Seite der Institutsgarantie dar bzw. geht in dieser auf; in diese Richtung Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2013, Vorb. v. Art. 1, Rn. 107 f.; Michl, Unionsgrundrechte, 2018, S. 128 ff.

<sup>545</sup> Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 118; zur Privatautonomie Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR VII, 2009, § 150, Rn. 96.

<sup>546</sup> Vgl. Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR VII, 2009, § 150, Rn. 251.

<sup>547</sup> Die philosophische Sicht darstellend Englerth, in: Engel/Englerth/Lüdemann et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 231, 234 ff.; vgl. Kolbe, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 300 ff., die jd. auf das Sozialstaatsprinzip abstellt.

<sup>548</sup> Ohne konkreten Bezug zu Entscheidungsfehlern Sandfuchs, Privatheit wider Willen?, 2015, S. 132 ff.

nehmen solche Stimmen an, bei denen der Effizienzgedanke im Vordergrund steht und Entscheidungsfehler so stets als effizienzschmälernd gelten.<sup>549</sup> Es steht eine Pflicht zum weichen Paternalismus in Rede – grundrechtlich gesprochen ein rechtskreiserweiterndes (echtes) Leistungsrecht.

Vorliegend jedoch geht es um eine andere Situation. Zentral ist die Frage, ob der Staat eine Einwirkung durch Dritte abzuwehren hat. Insofern fallen beide Konstellationen *nicht* unter dieselbe Dimension des Leistungsrechts – die abwehrende ist rechtskreisbewahrend (als Recht auf Schutz), die gebende ist rechtskreiserweiternd (echtes Leistungsrecht).<sup>550</sup> Wirken Dritte auf die innere Sphäre ihrer Gegenüber ein, indem sie deren Rationalitätsdefizite ausnutzen, entspricht dies der leistungsrechtlichen Konstellation der Grundrechte. Private Dritte verkürzen im horizontalen – gleich dem Staat im vertikalen – Verhältnis die grundrechtliche Freiheit der Einzelnen. Sie wirken unmittelbar auf deren Prozessautonomie ein. Wendet der Staat Einwirkungen Dritter ab, schützt er den *status quo*. Insoweit Dark Patterns also Rationalitätsdefizite ansprechen, unterfällt dies strukturell der rechtskreisbewahrenden Leistungspflicht des Staates – in Rede steht eine Schutzpflicht gegenüber dem Verhalten Dritter. Damit ist hier alleine die Schutzpflicht im Sinne der rechtskreisbewahrenden Leistungspflicht relevant und weiter zu untersuchen.

## B. Schutzpflicht für den Entscheidungsprozess

Die (rechtskreisbewahrende) Schutzpflicht erweist sich als strukturell einschlägig für den Schutz gegenüber Phänomenen wie Dark Patterns. Gleichwohl ist keineswegs ausgemacht, dass und wie diese bei Bedrohungen der Prozessautonomie tatsächlich zum Tragen kommt. Zu klären ist, inwieweit das Verfassungsrecht dem Staat eine auf den Schutz der inneren Sphäre gerichtete Schutzpflicht auferlegt. Entscheidend ist mithin, ob der Staat die Einzelnen nach der leistungsrechtlichen Schutzfunktion der Grundrechte nicht nur vor Übergriffen in die äußere (unten I.), sondern auch in die innere Sphäre (unten II.) zu schützen hat.

### I. Schutz der äußeren Sphäre der Grundrechte

Anerkannt ist, dass der Staat die äußere Sphäre vor Übergriffen Dritter schützen muss. Dies gilt für die Handlungs- (unten I.) wie die Entscheidungs-

---

<sup>549</sup> Schmolke, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 255; hiernach muss eine Entscheidungsstörung gerade nicht „von einem der Kontrahenten verursacht oder ausgenutzt“ werden.

<sup>550</sup> I. E. wohl auch Cornils, Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 183 f. Dies scheint Kreßner, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 230, zu vermengen, wenn er ausführt, dass es „dezidierte Aufgabe des Staates ist, die Autonomie zu achten und den Bürgern die Voraussetzungen zur Autonomie, zum selbstbestimmten Leben zu verschaffen und diese zu gewährleisten“ – mithin also das „Verschaffen“ und das „Gewährleisten“ in einem Zug nennt.

dimension (unten 2.) – mithin für Schutz vor Zwang/Umweltveränderung wie vor Anreiz.

### 1. Schutz vor Zwang/Umweltveränderung

Die grundrechtliche Schutzpflicht greift anerkanntermaßen, wenn Dritte in die äußere Freiheit übergreifen oder diese bedrohen. Grundsätzlich gilt dies vor allem bei Übergriffen in die Schutzgegenstände<sup>551</sup> der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens (Art. 2 Abs. 2 GG),<sup>552</sup> ebenso wie des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG)<sup>553</sup> und der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)<sup>554, 555</sup>. Zudem zählt der Schutz vor Übergriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zum Schutz der äußeren Freiheit – so zum Beispiel bei der Veröffentlichung richtiger wie falscher Information über eine Person<sup>556</sup>. Hier verpflichten die Grundrechte den Staat dazu, die Einzelnen wirksam gegen entsprechende Einwirkungen, etwa der Medien, zu schützen.<sup>557</sup>

Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass Übergriffe in die äußere Sphäre, mithin die Handlungsfreiheit bzw. das Sein, die rechtskreisbewahrende Schutzpflicht auslösen. Dass die Schutzpflicht das äußere Tun und Sein erfasst, entspricht der aus dem Gewaltmonopol des Staates fließenden Pflicht zum Schutz Privater vor Gewaltanwendung untereinander.<sup>558</sup> Insoweit erfasst die Schutzpflicht zuvorderst die unmittelbare, dem Zwang gleichstehende Einwirkung als abzuwehrenden, privaten Übergriff. Dies ist auf Beschränkung der Handlungsfreiheit durch Umweltveränderung übertragbar, etwa auf durch Private errichtete physische Hindernisse.

### 2. Schutz vor Anreiz

Nicht nur gegenüber einer Einwirkung auf die äußere Sphäre besteht eine Schutzpflicht. Ebenfalls anerkannt ist eine Schutzpflicht hinsichtlich Einwirkungen auf

<sup>551</sup> Dietlein, Grundrechtliche Schutzpflichten, 2005, S. 74 ff., spricht hier wohl von „Schutzgüter[n]“; Klein, NJW 1989, 1633 (1633), von „grundrechtlich geschützte[n] Güter[n]“; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 168 ff., von „Grundrechtsgütern“.

<sup>552</sup> BVerfGE 39, 1 (42 ff.) – Schwangerschaftsabbruch I. Vgl. auch die entsprechende Diagnose bei Dietlein, Grundrechtliche Schutzpflichten, 2005, S. 74 ff.

<sup>553</sup> Vgl. BVerfGE 114, 1 (37 f.) – Lebensversicherung Bestandsübertragung; BVerfGE 114, 73 (90) – Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung; jd. jw. nicht zum physischen Eigentum. S. grds. Wieland, in: Sachs (Hrsg.), GG, 2021, Art. 14, Rn. 195.

<sup>554</sup> Cornils, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR VII, 2009, § 168, Rn. 22.

<sup>555</sup> Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 191, Rn. 222; Möstl, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 68, Rn. 25; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 170 f.

<sup>556</sup> BVerfGE 99, 185 (194 ff.) – Scientology.

<sup>557</sup> BVerfGE 97, 125 (146) – Caroline von Monaco I, spricht dabei davon, dass die „Individualsphäre“ betroffen ist.

<sup>558</sup> S. oben § 3 A. I.

die Entscheidungsfreiheit, die sich aus der Umgestaltung der Konsequenzen einer Handlung bzw. Entscheidung ergeben – mithin gegenüber einem Anreiz (unten a)).<sup>559</sup> Dabei ist auch diese Schutzpflicht als rechtskreisbewahrend, nicht als rechtskreiserweiternd einzuordnen (unten b)).

#### a) Grundsätzlich zur Schutzpflicht

Eine aus den Freiheitsrechten fließende Schutzpflicht greift bei Übergriffen in die Entscheidungsfreiheit. Wo sich die Einzelnen einem äußeren Anreiz (gegebenenfalls in Form einer Androhung von Nachteilen) ausgesetzt sehen, ihr Verhalten den Vorstellungen der Gegenüber anzupassen, muss sich der Staat jedenfalls dem Grunde nach schützend vor die Einzelnen stellen. Typisiert und strukturell tritt dies in Situationen des „soziale[n] und wirtschaftliche[n] Ungleichgewicht[s]“<sup>560</sup> auf. Hat eine Seite ein Übergewicht, kann diese dem Gegenüber eine Entscheidung gleichsam aufzwingen. Ein solches Ungleichgewicht besteht zudem, wenn das Gegenüber starken „wirtschaftliche[n] Druck“<sup>561</sup> ausüben kann. Es ist allgemein die „Aufgabe des Rechts, [...] zu verhindern, dass sich für einen oder mehrere Vertragsteile die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt“<sup>562</sup>. Insofern verpflichten die Freiheitsrechte den Staat, die Entscheidungsfreiheit vor (starken) Anreizen, etwa in Form von Drohungen, zu schützen. In diese Richtung ist das Diktum des BVerfG zu verstehen, dass die Privatautonomie voraussetzt, dass „die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind“<sup>563</sup>.

Der Schutz der Entscheidungsfreiheit greift grundsätzlich, wenn zwischen Privaten eine Ungleich- bzw. Übergewichtssituation besteht. Dies gilt zuvorderst im Rahmen der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).<sup>564</sup> So muss der Staat die Ausübung der Entscheidungsfreiheit im Geschäftsverkehr sichern.<sup>565</sup> Jedenfalls dann, wenn „einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht [hat], daß er ver-

<sup>559</sup> S. hierzu oben § 1 A.IV.2. Dies lässt sich sogar auch für verbotsgleiche private Einwirkungen feststellen, etwa vertragliche Regelungen wie Benutzungsbestimmungen und Betretungsverbote nach privatem Hausrecht – vgl. *BVerfG*, NJW 2015, 2485 (2485 f.) – Bierdosen-Flashmob, sowie *BVerfGE* 148, 267 (279 ff.) – Stadionverbot, wo das *BVerfG* freilich nicht auf die Schutzpflicht (der Gerichte), sondern die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte abstellt.

<sup>560</sup> *BVerfGE* 81, 242 (255) – Handelsvertreter.

<sup>561</sup> *BVerfG*, NJW 2004, 2008 (2011) – Ebenbürtigkeitsklausel/Hohenzollern.

<sup>562</sup> *BVerfGE* 114, 73 (90) – Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung; auch *BVerfG*, JZ 2007, 576 (577) – Versicherungsdatenschutz I; ähnlich bereits *BVerfGE* 81, 242 (255) – Handelsvertreter; auch *BVerfGE* 89, 214 (232) – Angehörigenbürgschaft; *BVerfGE* 103, 89 (101) – Unterhaltsverzichtsvertrag. Vgl. hierzu *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR* VII, 2009, § 150, Rn. 115; *ders.*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR* IX, 2011, § 191, Rn. 98, 100.

<sup>563</sup> *BVerfGE* 81, 242 (255) – Handelsvertreter.

<sup>564</sup> Grds. *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 39. Erg.-Lfg. (Jul 2001), Art. 2 Abs. 1, Rn. 101 ff.; zum Problem der genauen Verortung im Grundgesetz s. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR* VII, 2009, § 150, Rn. 57 ff.

<sup>565</sup> S. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR* VII, 2009, § 150, Rn. 97 ff., der diese

tragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann<sup>566</sup>, muss der Staat handeln. Dass den Staat eine Schutzpflicht gegen das Ausnutzen eines Machtungleichgewichts trifft, macht das Grundgesetz auch seinem Wortlaut nach deutlich: So hat der Bund die Kompetenz für die „Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG).<sup>567</sup>

Zugleich ist der Schutz vor Fremdbestimmung aufgrund eines (Macht-)Ungleichgewichts nicht auf die wirtschaftliche Vertragsfreiheit (bzw. den Wettbewerb an sich<sup>568</sup>) beschränkt. Der Staat ist ebenso zum Schutz verpflichtet, wenn Dritte in anderen Bereichen auf die Entscheidungsfreiheit ihrer Gegenüber einwirken. Dies betrifft etwa das Ehevertragsrecht<sup>569</sup> sowie die informationelle Selbstbestimmung, mithin Situationen, in denen die Einzelnen über ihre Daten entscheiden<sup>570</sup>. Der Begründungsansatz der „gestörte[n] Vertragsparität“<sup>571</sup> lässt sich zudem auf alle anderen Situationen eines entsprechenden Übergewichts übertragen. Stets ist es – als Ausfluss des betroffenen Freiheitsrechts – die Aufgabe des Staates, die Selbstbestimmung vor Fremdbestimmung zu sichern.<sup>572</sup>

Doch bleibt die Schutzpflicht der Entscheidungsfreiheit nicht auf Ungleich- bzw. Übergewichts-Situationen beschränkt. Sie greift bei weiteren Formen von Anreizen, die nicht mit einem Ungleichgewicht zwischen den Parteien in Verbindung stehen. Die Einzelnen sind so vor jeder Wirkung eines beträchtlich großen wirtschaftlichen Anreizes zu schützen, die die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt.<sup>573</sup> Jedenfalls gegenüber einem im Lichte der Umstände betrachtet „nachhaltig[en]“<sup>574</sup> Einfluss muss sich der Staat schützend und ausgleichend vor die Einzelnen stellen. So erkennt das BVerfG – ohne dies explizit so zu nennen<sup>575</sup> – im Falle der Ebenbürtigkeitsklausel im Erbrecht eine Schutzpflicht an.

---

Entscheidungen jd. der unechten (sozialstaatlichen) Schutzpflicht zuordnet. Entscheidungsüberblick bei *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 43 ff.

<sup>566</sup> BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter; wiederholt in BVerfGE 89, 214 (232) – Angehörigenbürgschaft.

<sup>567</sup> Vgl. zum „eingeschränkten materiellen Gehalt[...] von Kompetenzvorschriften“, *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 39. Erg.-Lfg. (Jul 2001), Art. 2 Abs. 1, Rn. 125; ähnlich i. E. *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 132, m. w. N.; *Oppermann*, in: Coing (Hrsg.), Staat und Unternehmen, 1994, S. 35, 40.

<sup>568</sup> *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 39. Erg.-Lfg. (Jul 2001), Art. 2 Abs. 1, Rn. 125.

<sup>569</sup> BVerfGE 103, 89 (100 f.) – Unterhaltsverzichtsvertrag.

<sup>570</sup> *BVerfG*, JZ 2007, 576 (576) – Versicherungsdatenschutz I; *BVerfG*, JZ 2013, 1156 (1157, Rn. 20) – Versicherungsdatenschutz II. Kritisch *Klement*, JZ 2017, 161 (168 f.).

<sup>571</sup> BVerfGE 103, 89 (101) – Unterhaltsverzichtsvertrag.

<sup>572</sup> Vgl. *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 180 ff.

<sup>573</sup> *BVerfG*, NJW 2004, 2008 (2010) – Ebenbürtigkeitsklausel/Hohenzollern.

<sup>574</sup> *BVerfG*, NJW 2004, 2008 (2010) – Ebenbürtigkeitsklausel/Hohenzollern: So geht es insbes. darum, ob der Wert des Nachlasses geeignet ist, „unter Berücksichtigung der Lebensführung und der sonstigen Vermögensverhältnisse des Bf. dessen Entschließungsfreiheit bei Eingehung der Ehe nachhaltig zu beeinflussen“.

<sup>575</sup> Dies ist ungewöhnlich, da das BVerfG auch in anderen Fällen der Urteilsverfassungsbeschwerde bzw. der Auslegung des Zivilrechts von Schutzpflichten spricht.

Gleiches gilt für die Entscheidung zum Transplantationsgesetz, wo das BVerfG akzeptiert, dass finanzielle Anreize im Rahmen des Organhandels die Freiwilligkeit der Spendeentscheidung unterlaufen können.<sup>576</sup>

*b) Einordnung: rechtskreisbewahrend oder -erweiternd?*

Die gegen Übergriffe in die Entscheidungsfreiheit gerichtete Schutzpflicht ist alleine als rechtskreisbewahrendes Recht auf Schutz zu konstruieren. Das Gegenüber verändert von außen kommend die Handlungsmöglichkeiten der Einzelnen und beschränkt so deren Entscheidungsfreiheit. Die Einwirkung geschieht nur nicht in der Form ‚klassischen‘ Zwangs, sondern vielmehr dadurch, dass das Gegenüber die Folgen von Entscheidungen umformt, etwa (negative) Anreize etabliert. Damit steht eine Verkürzung grundrechtlich geschützter Freiheit in Rede. Stellt sich der Staat hier den Dritten entgegen, wahrt er damit den Rechtskreis der Betroffenen. Er erhält eine (vorbestehende, abstrakte) Gleichheit zwischen Privaten aufrecht und verfolgt nicht selbst darüber hinausgehende, soziale Ziele – wie etwa die Stärkung einer Partei.<sup>577</sup>

Anders läge es nur dann, sähe man in dem Eingreifen des Staates nicht die Abwehr eines privaten Übergriffs, sondern den Schutz der Grundrechtsträger:innen vor sich selbst – mithin nicht Abwehr von Übergriffen, sondern die Schaffung neuer Rechtspositionen. Nicht das allgemeine Verbot, Dritten zu schaden (*Neminem-laedere*-Prinzip) griffe ein, sondern es vollzöge sich die Korrektur privatautonomer Vereinbarungen. In diesem Fall handelte es sich um die Verwirklichung eines rechtskreiserweiternden (echten) Leistungsrechts, einer sozialstaatlichen Schutzpflicht.<sup>578</sup> Gerade dies entspricht aber nicht der Situation, in der der Staat unterbindet, dass das Gegenüber die Umwelt nachteilig für die Einzelnen verändert. Der Staat korrigiert hier kein eigentlich (privat-) autonomes Übereinkommen aus anderen, gesellschaftlichen Gründen oder zielt unabhängig davon darauf, ein bestimmtes Maß ‚freier Selbstbestimmung‘ sicherzustellen.<sup>579</sup> Vielmehr beugt der Staat alleine einer Änderung des *status quo* vor.<sup>580</sup>

<sup>576</sup> BVerfG, NJW 1999, 3399 (3401 f.) – Transplantationsgesetz; i. E. wohl auch in der Situation der *Ehevertrags*-Entscheidung, wo es im Kern um eine *Coactus-voluii*-Situation ging.

<sup>577</sup> Deutlich wird dies bei *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 32, der das soziale Staatsziel klar von dem der Sicherheit abgrenzt.

<sup>578</sup> Jedenfalls für die Fälle eines sozialen und wirtschaftlichen Ungleichgewichts i. S. d. Handelsvertreter-Rechtsprechung *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 191, Rn. 197 ff.

<sup>579</sup> Anzudeuten scheint dies BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter, wenn es festhält, „dass Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht“ und der Staat dafür Sorge zu tragen hat, dass „die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind“.

<sup>580</sup> Auch das BVerfG scheint nicht mehr zwingend auf das Sozialstaatsprinzip zu rekurrieren, um seine Argumentation zu stützen. Hat es in der *Handelsvertreter*-Entscheidung noch „die objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und damit zugleich

Im Ergebnis ist der Schutz der Entscheidungsfreiheit vor Anreizen damit abwehrrechtlich zu fassen – ebenso wie entsprechender Schutz vor *staatlichen* Einwirkungen auf die Entscheidungsfreiheit abwehrrechtlich konzipiert ist. Im Geiste des bekannten Ausspruchs des BVerfG hat der Staat die Einzelnen vor Fremdbestimmung zu schützen, nicht deren Selbstbestimmung herzustellen.

c) *Ökonomisch: Marktversagen als Schutzpflichtaktivierung*

Die Schutzpflicht bei Übergriffen in die Entscheidungsfreiheit lässt sich aus einer ökonomischen Perspektive einordnen. Ökonomisch gesprochen erfüllt das Recht im Kontext wirtschaftlichen Handelns die Funktion, Marktineffizienzen zu vermeiden.<sup>581</sup> Wenn ein Marktversagen vorliegt, soll das Recht regulativ eingreifen, um dieses zu beseitigen. Ein Marktversagen wiederum liegt etwa in den Fällen vor, in denen Akteur:innen Marktmacht besitzen – die Preise also einseitig bestimmen können.<sup>582</sup> Die ökonomischen Überlegungen lassen sich fruchtbar machen, um die gegenwärtige Schutzpflichtdogmatik einzuordnen. So repräsentiert die zentrale Überlegung zu Schutzpflichten gegenüber Anreizen – namentlich das Abstellen auf ein starkes Über- bzw. Ungleichgewicht – eine Reaktion auf ein Marktversagen. Ablesen lässt sich dies an der klar ökonomischen Argumentation des BVerfG in der *Versicherungsdatenschutz I*-Entscheidung.<sup>583</sup> Das BVerfG geht in Übereinstimmung mit der ökonomischen Theorie davon aus, dass der in einem Vertrag „zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien [...] in der Regel auf einen sachgerechten Interessenausgleich schließen“<sup>584</sup> lässt. Er ist mithin effizient; der Staat hat ihn zu respektieren. Anders liegt es, wenn „ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann“<sup>585</sup>. Dies ist nach dem BVerfG der Fall, wenn es für die unterlegene Seite, aufgrund hoher Kosten, an Alternativen fehlt – was wiederum auf fehlenden Wettbewerb zurückzuführen sein kann. Eben dies ist die Definition eines Marktversagens.<sup>586</sup> Ökonomisch gesprochen erkennt das BVerfG damit den Fall der Marktmacht als Auslöser einer Schutz-

---

das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG)“, BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter, angeführt, wiederholt es dies in jüngeren Entscheidungen nicht mehr, BVerfGE 114, 1 (33 ff.) – Lebensversicherung Bestandsübertragung.

<sup>581</sup> Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, S. 63; Cooter/Ulen, Law & Economics, 2012, S. 7 f.; hierzu Martini, Hoheitliche Verteilunglenkung, 2008, S. 166.

<sup>582</sup> S. oben § 1 C. II. 1.

<sup>583</sup> BVerfG, JZ 2007, 576 – Versicherungsdatenschutz I.

<sup>584</sup> BVerfG, JZ 2007, 576 (577) – Versicherungsdatenschutz I.

<sup>585</sup> BVerfG, JZ 2007, 576 (577) – Versicherungsdatenschutz I.

<sup>586</sup> In diese Richtung gehen weitere Urteile des BVerfG zu „struktureller Unterlegenheit“, BVerfGE 89, 214 (232) – Angehörigenbürgschaft, wenn die Marktversagensargumentation dort auch weniger klar durchdringt. Etwas anders BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter: „starkes Übergewicht“ eines der Vertragsteile. Vgl. Schmolke, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 78 f.

pflcht an. Der ökonomische Imperativ, Marktversagen zu verhindern, lässt sich damit aus grundrechtlicher Perspektive als Schutzpflichtaktivierung verstehen.

### 3. Zwischenergebnis

Damit sind die zwei wesentlichen Konstellationen skizziert, in denen das Grundgesetz – und die gängige Rechtswissenschaft – rechtskreisbewahrende Schutzpflichten für Freiheitsgrundrechte anerkennt: Übergriffe in die äußere Sphäre und in die Entscheidungsfreiheit. Beide lösen gleichwohl nicht aus, wenn Dritte die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen. Denn hierbei bleibt die äußere Sphäre wie auch die Anreizstruktur der beeinflussten Entscheidung unverändert – ebendiese Feststellung ist eine der zentralen Erkenntnisse der vorliegenden Arbeit. Nutzen Anbieter:innen Dark Patterns und greifen damit auf die innere Sphäre über, unterfällt dies keinem der beiden beschriebenen Auslöser der rechtskreisbewahrenden Schutzpflicht.

## II. Schutz der inneren Sphäre der Grundrechte

Das Grundgesetz kennt rechtskreisbewahrende Schutzpflichten für die äußere Sphäre der Freiheitsgrundrechte. Hieran schließt sich die Frage an, ob eine derartige Schutzpflicht auch für die innere Sphäre der Grundrechte besteht (unten 1.). Eben diese ist die Voraussetzung dafür, dass der Staat Dritten entgegentreten muss, welche die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen und damit in deren Prozessautonomie übergreifen. Hier hilft eine verfassungsökonomische Betrachtung (unten 2.).

### 1. Begründung der Schutzpflicht

Dass der Staat zumindest stellenweise die innere Sphäre schützt, zeigt die Sanktion von Täuschungen im Straf- (§ 263 StGB) wie im Zivilrecht (§ 123 BGB). Hier stellt sich der Staat den Täuschenden zu Gunsten der Getäuschten schützend in den Weg.<sup>587</sup> Eine allgemeine Diskussion einer entsprechenden Schutzpflicht findet sich bisher jedoch nicht.<sup>588</sup>

#### a) Herleitung

Eine rechtskreisbewahrende Schutzpflicht für die innere Sphäre fügt sich bruchfrei in die bestehenden Konstellationen rechtskreisbewahrender Schutzpflichten für die äußere Sphäre und die Entscheidungsfreiheit ein. Zentral ist dabei

<sup>587</sup> Cornils, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR VII, 2009, § 168, Rn. 25.

<sup>588</sup> Andeutend wohl Schmolke, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 72; auch Sandfuchs, Privatheit wider Willen?, 2015, S. 131 ff.; zur Testierfreiheit Röthel, AcP 210 (2010), 32 (59 ff.). Anders freilich zum Schutzrecht; vgl. Kolbe, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 318 f.

die Annahme, dass eine staatliche Schutzverantwortung für *alle* grundrechtlichen Rechtsgüter besteht. Diese bleibt vor der inneren Sphäre nicht stehen. Denn die innere Sphäre ist nicht weniger bedeutend und damit nicht weniger schutzbedürftig als die äußere Sphäre. Vielmehr macht das grundrechtliche Menschenbild deutlich, dass gerade innere Vorgänge konstituierend für die Selbstbestimmung der Einzelnen sind. Das ‚sich in seiner Individualität selbst Begreifen‘-Können und darauf aufbauend das ‚sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten‘-Können sind zentrale Elemente des grundrechtlichen Schutzes aller Freiheitsgrundrechte.<sup>589</sup>

Insofern ist eine Schutzpflicht für die innere Sphäre bereits in dem allgemeinen Gedanken angelegt, welcher den Schutzpflichten im rechtsgeschäftlichen Verkehr zugrunde liegt: der Schutz der Selbstbestimmung vor Fremdbestimmung<sup>590</sup>. Die Gefahr von Fremdbestimmung ist zwar in Fällen ungleicher Macht paradigmatisch gegeben – sie beschränkt sich jedoch nicht hierauf. Auch Einwirkungen auf die äußere Sphäre einer grundrechtlichen Freiheit sind ein Fall der Fremdbestimmung – namentlich über das tatsächliche Sein und Handeln der Einzelnen. Eben diese Schutzpflicht aktualisiert sich, wenn Private die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen. Denn eine hierauf basierende Verhaltenssteuerung rüttelt ebenfalls an der Selbstbestimmung der Betroffenen. Sie beeinträchtigt die innere Sphäre – und damit Selbstbestimmung in ihrem elementarsten Sinn. Wirken Dritte auf Entscheidungsvorgänge ein, sind die „Bedingungen freier Selbstbestimmung“<sup>591</sup> – aus verhaltenswissenschaftlicher Sicht – gerade nicht gegeben.

Auch außerhalb des rechtsgeschäftlichen Kontexts fügt sich eine Schutzpflicht für die innere Sphäre und damit gegen das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten bruchfrei in den weiter gehenden Gedanken zum Schutz der Selbstbestimmung als solcher ein. So geht das BVerfG in der *Transplantationsgesetz*-Entscheidung davon aus, dass die Sicherung der Freiwilligkeit (einer Spendeentscheidung) ein legitimes Gemeinwohlinteresse darstellt.<sup>592</sup> Weiter ausdifferenziert hat das BVerfG diesen Ansatz jüngst in der Entscheidung zur *Suizidhilfe*. Dort betont das Gericht, dass der Staat verpflichtet ist, Autonomie zu schützen.<sup>593</sup> Hiernach verfolgt der Gesetzgeber einen legitimen Zweck, wenn er Gefahren für die freie Willensbildung und die Willensfreiheit als Voraussetzungen autonomer Selbstbestimmung entgegentritt.<sup>594</sup> Entsprechend zwingt das Verfassungsrecht

<sup>589</sup> Zu den entsprechenden Aussagen des BVerfG oben § 2 B. I. 1. a).

<sup>590</sup> S. hierzu oben § 3 B. I. 2. a).

<sup>591</sup> BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter.

<sup>592</sup> BVerfG, NJW 1999, 3399 (4001 f.) – Transplantationsgesetz. Etwas anders liegt die Begründung in der zweiten *Transsexuellen*-Entscheidung; auch hier erkennt das Gericht den Freiwilligkeitsschutz als legitimen Zweck an – verhandelt ihn aber als Teil des Schutzes vor sich selbst; BVerfGE 60, 123 (133) – TranssexuellenG.

<sup>593</sup> BVerfGE 153, 182 (270 ff., Rn. 232 ff.) – Suizidhilfe.

<sup>594</sup> BVerfGE 153, 182 (270 f., Rn. 232) – Suizidhilfe.

den Staat dazu, Einzelne davor zu schützen, dass Dritte ihre autonome Selbstbestimmung verkürzen – etwa indem sie Rationalitätsdefizite ausnutzen.<sup>595</sup>

Die Schutzpflicht gegenüber der inneren Sphäre findet schließlich eine Stütze in der Grundkonzeption des liberalen Verfassungsstaates: Dieser ist als Inhaber des Gewaltmonopols zum Schutz aller individuellen Rechtsgüter berufen. Negatorische Grundrechte und rechtskreisbewahrende Schutzpflicht verhalten sich so hinsichtlich der Schutzgüter komplementär: Schutzgüter, in die der Staat nur unter Rechtfertigungsvorbehalt eingreifen darf, hat er zugleich vor privaten Übergriffen zu schützen.<sup>596</sup> Schutzpflichten bestehen so gegenüber Übergriffen in alle grundrechtlichen Schutzgüter.

Diese abschirmende Schutzpflicht entfällt (auch im horizontalen Verhältnis) nicht aufgrund der Gemeinschaftsgebundenheit des Menschen.<sup>597</sup> Zwar kann sich der Mensch nur in Gemeinschaft entwickeln und entfalten. Dies bedeutet gleichwohl nicht, dass er es uneingeschränkt hinzunehmen hat, wenn die Gemeinschaft auf ihn einwirkt. Das Grundgesetz geht vom Individuum aus – dieser Ansatz muss sich hier fortsetzen. Erst in einem zweiten Schritt ist zu klären, inwieweit manche Einwirkungen auf die innere Sphäre zwischen Privaten gleichwohl im Ergebnis aus verfassungsrechtlicher Warte hinzunehmen sind und insofern die (Prozess-)Autonomie nur einer graduellen Verwirklichung zugänglich ist.<sup>598</sup>

#### b) Inhalt: Schutz vor Fremdbestimmung, nicht zur Rationalität

Der Schutz tatsächlicher, vorgefundener Freiheit und Autonomie ist liberal-abwehrend und damit rechtskreisbewahrend. Insofern besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Schutz vor Dritten und dem ‚Schutz vor sich selbst‘. Beide sind strikt zu trennen. Nicht nur beruhen sie auf unterschiedlichen Begründungsansätzen, sie fordern vielmehr gänzlich unterschiedliche staatliche Maßnahmen: einmal die Abwehr äußerer Übergriffe, das andere Mal die rationalitätsfördernde Einwirkung auf die Entscheider:innen selbst. Vorliegend geht es alleine um den Schutz vor Übergriffen – nur dieser ist autonomiewahrend und insofern verfassungsrechtlich geboten.

Eben dies scheint das BVerfG in der *Suizidhilfe*-Entscheidung auf den ersten Blick zu vermengen. Hiernach habe der Staat „dafür Sorge zu tragen, dass der Entschluss, begleiteten Suizid zu begehen, tatsächlich auf einem freien Willen beruht“<sup>599</sup>. Dies ließe sich isoliert so verstehen, als sei der Staat generell verpflichtet, eine freie und autonome Entscheidung zu sichern. Er hätte mithin stets

<sup>595</sup> Grds. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR IX*, 2011, § 191, Rn. 97 ff. Dies andeutend etwa *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, 2002, S. 87 ff.

<sup>596</sup> So grds. bereits *Murswiek*, *Risiken der Technik*, 1985, S. 107 f.

<sup>597</sup> S. hierzu im vertikalen Verhältnis oben § 2 C. III. 1. b).

<sup>598</sup> S. unten zur Konkordanzbildung Dritter Teil, §§ 5, 6.

<sup>599</sup> BVerfGE 153, 182 (271, Rn. 232) – *Suizidhilfe*.

dann schützend eingzugreifen, wenn irgendeine in den Einzelnen selbst begründete Störung von Freiheit und Autonomie vorliegt. Doch macht das BVerfG im Anschluss deutlich, welche Bedingungen die Schutzpflicht auslösen: Zum einen sind dies „konkret drohende[...]“ Gefahren für die persönliche Autonomie von Seiten Dritter<sup>600</sup>, zum anderen „die Entstehung sozialer Pressionen“<sup>601</sup>, eine gewisse Entscheidung zu fällen. Es lösen also nur Einwirkungen auf den Entscheidungsprozess die Schutzpflicht aus, die von außen kommen – nicht hingegen Rationalitätsdefizite, die bei den Entscheider:innen als solche bestehen. Das BVerfG legt dem Staat mithin nur insoweit die Pflicht auf, „dafür Sorge zu tragen, dass die [Suizidentscheidung] tatsächlich auf einem freien Willen“<sup>602</sup> beruht, als die Unfreiheit auf eine von außen kommende „Gefahr[...]“ für die freie Willensbildung und die Willensfreiheit<sup>603</sup> zurückgeht. Die *Suizidhilfe*-Entscheidung des BVerfG steht so im Geiste einer rechtskreisbewahrenden Schutzpflicht für die innere Sphäre.

## 2. Ökonomisch: Schutzpflicht bei „Behavioral Market Failure“

Die Schutzpflicht für die innere Sphäre gewinnt zusätzlich an Kontur, legt man einen (makro-)ökonomischen Blick an. Dabei ist daran zu erinnern, dass die ökonomische Analyse gezeigt hat, dass das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten ein Marktversagen darstellt – das behavioristische Marktversagen bzw. das *Behavioral Market Failure*.<sup>604</sup> Zugleich hat die oben angestellte Untersuchung nachgewiesen, dass die grundrechtliche Schutzpflicht bereits heute als Marktversagensschutz fungiert.<sup>605</sup> Insofern lässt sich die allgemeine, rechtsökonomische Wertung, dass Grundrechte einen Marktversagensschutz gewähren, auf Fälle des *Behavioral Market Failure* übertragen. Damit löst nicht nur Marktmacht als Fall des Marktversagens eine grundrechtliche Schutzpflicht aus. Vielmehr entspringt auch dem behavioristischen Marktversagen ein grundrechtlicher Schutzauftrag des Staates.

Dabei verdeutlicht die Marktversagensperspektive: Im Rahmen des Schutzes vor Macht ist das (strukturelle) Machtungleichgewicht gerade Voraussetzung des Marktversagens und damit des Einflusses, den der Staat abzuwenden hat. Bei dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten ist dies nicht der Fall. Hier können Akteur:innen ohne besondere Machtposition die begrenzte Rationalität anderer

<sup>600</sup> BVerfGE 153, 182 (271, Rn. 233) – Suizidhilfe.

<sup>601</sup> BVerfGE 153, 182 (271, Rn. 235) – Suizidhilfe; hier: „sich unter bestimmten Bedingungen, etwa aus Nützlichkeitsabwägungen, das Leben zu nehmen“.

<sup>602</sup> BVerfGE 153, 182 (271, Rn. 232) – Suizidhilfe.

<sup>603</sup> BVerfGE 153, 182 (271, Rn. 232) – Suizidhilfe. Entsprechende „gesellschaftliche[...]“ Erwartungshaltungen“ muss er abwenden; der Gesetzgeber „darf und muss [...] gesellschaftlichen Einwirkungen wirksam entgegenzutreten, die als Pressionen wirken können“, *ebd.*, 272, Rn. 235.

<sup>604</sup> S. oben § 1 C. III. 2.

<sup>605</sup> S. oben § 3 B. I. 2. c).

ausnutzen. Insofern stellt die behavioristische Schutzpflicht keinen Unterfall des Marktversagens wegen Machtungleichgewichts dar. Sie ist vielmehr ein *aliud* – sie folgt einem weiteren, unabhängigen Fall des Marktversagens, der eigenen ökonomischen Erwägungen unterliegt.<sup>606</sup> Die Schutzpflicht setzt damit gerade *nicht* voraus, dass eine der Parteien der anderen strukturell unterliegt. Rationalitätsdefizite sind ausnutzbar, ohne dass ein der Marktmacht (scheinbar) entsprechendes ‚strukturelles Rationalitätsungleichgewicht‘ vorliegt.<sup>607</sup>

### III. Ergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass das Grundgesetz eine allgemeine Schutzpflicht hinsichtlich der äußeren Sphäre der Grundrechte statuiert. So hat der Staat die Pflicht, die Handlungs- und Entscheidungsdimension der Grundrechte vor Zwang/Umweltveränderung und Anreiz zu schützen. In all diesen Fällen handelt es sich um eine abwehrrechtliche (rechtskreisbewahrende) Schutzpflicht, nicht um ein rechtskreiserweiterndes Leistungsrecht. Dies ist gerade bei dem Schutz der Entscheidungsdimension streitig. Da jedoch der privat gesetzte Anreiz einen von außen kommenden Übergriff darstellt, ist die abwehrrechtliche Schutzpflicht einschlägig.

Hierauf aufbauend lässt sich begründen, dass Übergriffe in die innere Sphäre ebenfalls die rechtskreisbewahrende Schutzpflicht auslösen. Insofern schlägt der übergreifende Gedanke des Grundgesetzes, dass Selbstbestimmungsschutz vor Fremdbestimmung zu gewähren ist, eine Brücke zwischen den verschiedenen Schutzkonstellationen. Das Menschenbild des Grundgesetzes unterstreicht diesen Verfassungsauftrag: Es hebt die Bedeutung der inneren Sphäre und inneren Autonomie für die Einzelnen hervor. Die Entscheidungen des BVerfG zum Schutz vor Fremdbestimmung sind insofern übertragbar – die neue *Suizidhilfe*-Entscheidung bringt den Gedanken allgemein zum Ausdruck.

Aufschlussreich ist es zudem, Schutzpflichten durch eine ökonomische Brille zu betrachten. Diese zeigt einen weiteren Weg auf, Schutzpflichten zu konzeptualisieren. Hiernach entsprechen Schutzpflichten im wirtschaftlichen Kontext der Rolle des Staates, regulierend in den Markt einzugreifen, wenn ein Marktversagen vorliegt. Insofern legt die ökonomische Analyse des Rechts nahe, dass eine Pflicht zum Schutz vor dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten besteht: So wie der Staat in klassischen Fällen des Marktversagens zum Handeln aufgerufen ist, gilt dies ebenfalls für das behavioristische Marktversagen.<sup>608</sup>

<sup>606</sup> S. oben § 1 C. III. 2.

<sup>607</sup> O'Hara, AöR 145 (2020), 133 (167); anders Schmolke, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 255.

<sup>608</sup> Eine auf Allokationseffizienz ausgerichtete Sicht (ohne Marktversagen zu adressieren) Hanson/Kysar, Harv. L. Rev. 112 (1999), 1420 (1553 ff.), sowie dies., Roger Williams U. L. Rev. 6 (2000), 259. S. auch Bar-Gill, Minn. L. Rev. 92 (2008), 749 (750): „substantial welfare loss“.

Mit Blick auf Dark Patterns lässt dies eine klare Ableitung zu: Verwender:innen, die solche Gestaltungen ihrer Benutzungsoberflächen einsetzen, greifen – zumeist gezielt und wirkungsstark – in die innere Sphäre der Betroffenen (der Nutzer:innen) über. Sie verkürzen deren grundrechtlich geschützte Prozessautonomie. Damit fallen Dark Patterns in den Anwendungsbereich der staatlichen, rechtskreisbewahrenden Schutzpflicht für die innere Sphäre. Die ökonomische Analyse der grundrechtlichen Schutzpflichten stützt dieses Ergebnis. Denn nach der ökonomischen Betrachtung bilden Dark Patterns einen Fall des behavioristischen Marktversagens.<sup>609</sup> Löst ein Marktversagen die grundrechtliche Schutzpflicht aus, gilt dies auch für die (massenhafte) Verwendung von Dark Patterns. Der Staat ist damit hier grundsätzlich zum Handeln gezwungen.

### C. (Weitere) Grundrechte auf Seite der Nutzer:innen

Auf Seite der Geschützten, etwa der Nutzer:innen eines Internetdiensts, scheint die grundrechtliche Bewertung auf den ersten Blick geklärt: Der Staat schützt ihre Prozessautonomie, wenn er sich Dritten entgegenstellt, die ihre Rationalitätsdefizite auszunutzen trachten. Stellt der Staat sich Dark Patterns in den Weg, sichert er damit Autonomie im digitalen Raum. Die Intervention ist für die Nutzer:innen danach freiheitsbewahrend. Doch übersieht eine solche Betrachtung, wie sich derartige Schutzmaßnahmen tatsächlich auswirken: Ordnet der Gesetzgeber etwa an, dass Einwilligungen nichtig sind, die aufgrund von Dark Patterns zustande kamen, begrenzt er damit zugleich die Vertragsfreiheit.<sup>610</sup> Schutzmaßnahmen für die innere Sphäre können mithin in Freiheitsverbürgungen (unten I.) eingreifen (unten II.).<sup>611</sup>

#### I. Von Schutz betroffene Schutzbereiche

Welche Grundrechte die staatliche (Schutz-)Maßnahme auf Seite der Nutzer:innen betreffen kann, ist primär eine Frage ihres sachlichen Regelungskontexts. Schützt der Staat die Prozessautonomie im Bereich der Suizidhilfe, der Organspende, des Abschlusses von Verträgen oder von online abgegebenen Einwilligungserklärungen, sind jeweils sehr verschiedene Grundrechte einschlägig. Zumeist berührt die Schutzmaßnahme gleichwohl dasselbe Grundrecht, das sie zu schützen zielt. So kann eine Maßnahme, welche die innere Sphäre des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) vor Dark Patterns schützen will, zugleich nachteilige Auswirkungen auf die äußere Sphäre, genauer die Entscheidungsfreiheit, eben dieses Grundrechts haben. Dies ist beispiels-

<sup>609</sup> S. oben § 1 C. II. 2.

<sup>610</sup> Zu den staatlichen Reaktionsmöglichkeiten im Einzelnen s. unten § 6 C. II.

<sup>611</sup> Vgl. grds. etwa *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 48 f.

weise dann der Fall, wenn die Schutzmaßnahme darin liegt, zwingendes Vertragsrecht aufzustellen. Dasselbe gilt, wenn der Staat etwa ein (teilweises) Verbot der Organspende oder der Suizidhilfe erlässt: Hier betrifft die Schutzmaßnahme die eigentlich geschützte Freiheit.

## II. Eingriff durch Schutz

Verfassungsrechtlich betrachtet greifen Schutzmaßnahmen in Grundrechte ein, wenn sie eine Wirkung haben, die dem klassischen oder modernen Eingriffsbegriff entspricht.<sup>612</sup> Dass die Schutzmaßnahmen einer Schutzpflicht folgen, ändert hieran nichts.<sup>613</sup> Es geht insofern um Schutz durch Eingriff<sup>614</sup> – jedoch nicht im Dreipersonenverhältnis, sondern im Verhältnis zu den geschützten Personen selbst.

### 1. Eingriff hinsichtlich aller Nutzer:innen: Allgemeine negative Effekte

Maßnahmen, welche die innere Autonomie schützen, können – müssen aber nicht – *gleichzeitig* negative Auswirkungen auf die Grundrechte der Geschützten haben. Erklärt ein Gesetz einen Vertrag aufgrund einer Beeinflussung für nichtig, vermittelt dies nicht nur Schutz, sondern nimmt (Entscheidungs-)Freiheit. So stellen zwingendes Recht bzw. Verbote, die an die Geschützten gerichtet sind, klassische Eingriffe in die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der Geschützten dar.<sup>615</sup> Gibt der Staat gewisse Gestaltungen der Entscheidungsarchitektur vor, kann dies bei den Geschützten zusätzliche Entscheidungskosten hervorrufen: Wer nicht einfach Cookies durch den Besuch einer Webseite zustimmen kann, sondern sich mit einem Entscheidungszwang (*Mandated Choice*) auseinandersetzen muss, ist zwar vor *Opt-out-Dark-Patterns* geschützt, hat aber zusätzlichen Entscheidungsaufwand. Hierin liegt zumindest ein mittelbarer, faktischer Grundrechtseingriff in die Entscheidungsfreiheit nach dem modernen Eingriffsbegriff. Zudem können derartige Maßnahmen negative Auswirkungen auf die innere Sphäre haben. Sie können aus verhaltenswissenschaftlicher Sicht den Entscheidungsprozess lenken. Ein Beispiel hierfür sind negative Anreize, also Kosten einer Entscheidung. Diese bewerten die meisten Entscheider:innen wegen einer *Loss Aversion* über.

<sup>612</sup> I. E. auch *Kirste*, JZ 2011, 805 (810); *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 77; *Neuner*, JZ 2020, 269 (270), der zu Recht auf den Schutz auch von „first-order desire“, *Frankfurt*, J. Philos. 68 (1971), 5 (7 ff.), abstellt; wohl auch *Aaken*, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109, 133 ff.

<sup>613</sup> S. oben § 2 D. IV. 2.

<sup>614</sup> *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (556 ff.).

<sup>615</sup> Vgl. *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, 2002, S. 88 f.; *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 77; a. A. wohl *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 178 ff.

## 2. Sonderfall: Überschießende Wirkung (*False Positives*)

Einen Sonderfall gilt es darüber hinaus zu betrachten: Maßnahmen, die darauf zielen, Beeinträchtigungen der inneren Sphäre abzuwenden oder abzumildern, können ‚über das Ziel hinausschießen‘. Der Grund für die überschießende Wirkung einer Schutzmaßnahme (*False Positives*) sind atypische Nutzer:innen.<sup>616</sup> Ein Übergriff – etwa ein Dark Pattern – berührt nicht stets alle Betroffenen gleich stark. Schutzmaßnahmen belasten dann solche Entscheider:innen besonders, die das Dark Pattern nicht nachteilig beeinflusst hat.<sup>617</sup> Dabei bergen allen voran zwingende, nicht-abbedingbare Regelungen die Gefahr von *False Positives* in sich. Sie können im Einzelfall ökonomisch vorteilhafte Vereinbarungen untersagen. Schließt das Gesetz etwa eine weitgehende Haftungsfreizeichnung (wie im Rahmen des AGB-Rechts durch § 309 Nr. 7, 8 BGB) aus, unterbindet es eine derartige Vereinbarung auch dann, wenn sie *im Einzelfall* ökonomisch vorteilhaft wäre.<sup>618</sup>

Verhaltensökonomisch konzipierte Interventionen können ebenfalls *False Positives* hervorrufen. Überoptimistische und unteroptimistische Entscheider:innen verarbeiten denselben Einfluss auf ihren Entscheidungsprozess unterschiedlich. So mag die Intervention, die für die einen ein *De-Biasing* ist, für die anderen ein *Re-Biasing* sein. Anschaulich ist dies bei einem gesetzlich vorgesehenen *Opt-in-Zwang*. Einen solchen enthält etwa die Luftverkehrsdienste-VO: Sie sieht vor, dass Reisende eine Versicherung im Rahmen einer Flugbuchung aktiv auszuwählen haben.<sup>619</sup> Pessimist:innen regt die gesetzlich vorgesehene Notwendigkeit der aktiven Auswahl zu einer ausgleichenden Bewertung an. Die negative Voreinstellung mildert hier die Überbewertung eines Risikos ab – es findet ein *De-Biasing* statt. Bei Überoptimist:innen hingegen verstärkt die (negative) Vorauswahl ihre Unterbewertung etwaiger Risiken – es findet ein *Re-Biasing* statt. Damit schießt die Maßnahme hinsichtlich der Überoptimist:innen über das Ziel hinaus – es entstehen *False Positives*.

<sup>616</sup> Vgl. *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 162 ff., zu Kosten rechtspaternalistischer Interventionen – die Kosten lassen sich jd. auch auf grds. effizienzsteigernde Maßnahmen übertragen. In diese Richtung auch *Meier*, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 168 ff.

<sup>617</sup> S. grds. *Rachlinski*, U. Chi. L. Rev. 73 (2006), 207 (207 ff.); *Korobkin*, in: Gigerenzer/Engel (Hrsg.), *Heuristics and Law*, 2006, S. 45, 54; *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 250 f.

<sup>618</sup> Vgl. die komplexen Erwägungen etwa mit Blick auf Signaling *Hermalin/Katz et al.*, in: *Polinsky/Shavell* (Hrsg.), *Law and Economics I*, 2007, S. 3, 35 ff.

<sup>619</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 4 Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 vom 24.9.2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (Neufassung), ABL L 293 v. 31.10.2008, S. 3 ff. (Luftverkehrsdienste-VO); vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 23.4.2020 – C-28/19, ECLI:EU:C:2020:301, Rn. 16 ff. – Ryanair = MMR 2020, 752 (752 f., Rn. 16 ff.). Zum Unterschied zwischen *Opt-out-Verbot* und *Opt-in-Gebot* vgl. *Martini/Weinzierl*, RW 10 (2019), 287 (295 ff.).

### 3. Anscheinend anders das BVerfG

Die wesentliche Grunderkenntnis, dass Schutzmaßnahmen *False Positives* hervorrufen können, berücksichtigt die bisherige Rechtsprechung des BVerfG nicht hinlänglich.<sup>620</sup>

Hat das BVerfG über ‚zu viel Schutz‘ zu befinden, wie in der *Suizidhilfe*-Entscheidung, betrachtet es beide Formen negativer Effekte, die staatliche Maßnahmen auslösen, welche die Autonomie und das Leben schützen wollen. Namentlich führt das Verbot der geschäftsmäßigen Sterbehilfe dazu, dass Sterbewillige die Möglichkeit verlieren, geschäftsmäßige Suizidhilfe zu empfangen.<sup>621</sup> Als Folge können Sterbewillige ihr Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben nicht effektiv ausüben.<sup>622</sup> Zudem erkennt die *Suizidhilfe*-Entscheidung die Nachteile der überschießend Betroffenen (*False Positives*) an: Sterbewilligen, die sich hinreichend *selbstbestimmt* entscheiden könnten, aus dem Leben zu treten und deswegen auf staatlichen Schutz nicht angewiesen sind, nimmt das Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe zusätzliche Freiheit. Sie sind „gezwungen, auf Alternativen auszuweichen“<sup>623</sup> und sich so einem erheblichen Risiko auszusetzen.

Gänzlich anders liegt es in Konstellationen, in denen das BVerfG zwingendes Recht beurteilt, das ‚zu wenig Schutz‘ bereitstellt. Zwar erkennt die *Handelsvertreter*-Entscheidung, dass typisierende Vorschriften in die Vertragsfreiheit der Geschützten eingreifen – sie bemerkt insofern, dass zwingendes Recht sich negativ auf diejenigen auswirken kann, die es schützen will.<sup>624</sup> Hingegen vernachlässigt die *Handelsvertreter*-Entscheidung die Gefahr, dass das Recht *False Positives* hervorruft. Sie erkennt zwar, dass zwingendes Recht nur für „die Mehrzahl“<sup>625</sup> der Fälle mehr Selbstbestimmung induziert. Im Umkehrschluss jedoch müssen Fälle existieren, bei denen die Regelung zu weniger Selbstbestimmung führt – mithin Fälle von *False Positives*. Solche möglichen Nachteile für Geschützte stellt die *Handelsvertreter*-Entscheidung nicht in die Abwägungsbilanz ein.<sup>626</sup>

<sup>620</sup> In Fällen, die überprüfen, wie Gerichte Generalklauseln anwenden, mag dies teilweise sachgerecht sein. Einzelfallentscheidungen können *False Positives* vermeiden. Einzelfallentscheidungen durch Gerichte sind insofern asymmetrische Regelungen (s. unten § 6 B. I. 3.). So etwa liegt es in *BVerfG*, NJW 2004, 2008 (2010 f.) – Ebenbürtigkeitsklausel/Hohenzollern, wie auch in BVerfGE 89, 214 (234 f.) – Angehörigenbürgerschaft, die gerichtliche Entscheidungen nach §§ 138, 242 BGB betreffen.

<sup>621</sup> BVerfGE 153, 182 (266, Rn. 217) – Suizidhilfe: „dass solche Angebote Suizidwilligen nicht mehr zur Verfügung stehen“.

<sup>622</sup> BVerfGE 153, 182 (265 ff., Rn. 214 ff.) – Suizidhilfe, spricht von „mittelbar-faktischen Auswirkungen“.

<sup>623</sup> BVerfGE 153, 182 (266, Rn. 218) – Suizidhilfe.

<sup>624</sup> BVerfGE 81, 242 (257) – Handelsvertreter.

<sup>625</sup> BVerfGE 81, 242 (257) – Handelsvertreter.

<sup>626</sup> Vgl. BVerfGE 81, 242 (262 f.) – Handelsvertreter, wo das BVerfG selbst mehrere Regelungsoptionen aufzeigt.

Wie die vorangegangene Analyse gezeigt hat, greift das BVerfG damit in Situationen zu kurz, in denen es ‚zu wenig Schutz‘ beurteilt. Dies betrifft im Grunde die Situation von Dark Patterns – denn mit Blick auf diese steht zu befürchten, dass das Recht bisher zu wenig Schutz vorhält. Gerade hier sind überschießende Effekte in die Abwägung einzustellen.

### III. Ergebnis

Die Beobachtungen zeitigen ein bemerkenswertes Ergebnis: Auf Seite des Geschützten kann ein- und dieselbe Maßnahme verschiedene Grundrechtssphären des selben Grundrechts zugleich vor Übergriffen schützen und durch den Schutz selbst belasten. Derartige Schutzeingriffe ergeben sich namentlich in die Freiheit aller geschützten Nutzer:innen durch allgemeine negative Effekte und zudem in die Freiheit solcher Nutzer:innen, die des Schutzes nicht bedurft hätten (*False Positives*). Derartige Nachteile für die Geschützten müssen in die Gesamtbewertung der Schutzmaßnahme einfließen.<sup>627</sup>

#### D. Zusammenschau des § 3

Die Untersuchung der Schutzpflicht für die innere Sphäre legt entscheidende grundrechtliche Wertungen offen, die bislang im Verborgenen lagen. Sie belegt, was zu Beginn eine Hypothese war: Der Staat ist zum Schutz der inneren Sphäre aufgerufen. Der abwehrrechtliche Schutz der inneren Sphäre der Grundrechte setzt sich in einer Schutzpflicht fort, die gegen den Einfluss Dritter gerichtet ist. Der Staat hat die Einzelnen nicht nur davor zu schützen, dass Dritte in ihre Handlungs- und Entscheidungsfreiheit übergreifen. Vielmehr greift diese Schutzpflicht auch bei Übergriffen in die innere Sphäre. Dies ergibt sich zum einen aus der verallgemeinerbaren grundrechtlichen Wertung, dass Freiheitsrechte auch Schutzrechte sind. Zum anderen folgt dies aus einer ökonomischen Betrachtung im Lichte der Marktversagenstheorie: Hiernach trifft den Staat im Fall des Marktversagens eine Pflicht, regulierend in den Markt einzugreifen.

Das Beispiel der Dark Patterns veranschaulicht dies. Die Anbieter:innen von Webseiten nutzen hier die Rationalitätsdefizite der Nutzer:innen aus. Insofern greifen sie in deren innere Sphäre über, etwa im Kontext der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) oder des informationellen Selbstbestimmungsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). Der Staat muss diesen Übergriff grundsätzlich im Rahmen seiner rechtskreisbewahrenden Schutzpflicht abwenden. Zugleich stellen Dark Patterns einen Fall des behavioristischen Marktversagens dar, gegen den der Staat – aus grundrechtlicher Perspektive – aufgerufen ist, regulierend vorzugehen.

<sup>627</sup> S. unten § 6 A. III.

Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass Schutzmaßnahmen für die Geschützten nicht nur rechtskreisbewahrend, sondern auch rechtskreisverkürzend wirken können. Sie können zum einen alle Nutzer:innen in ihrer Freiheit betreffen: Sieht der Gesetzgeber etwa vor, dass Vertragsschlüsse, bei denen Dark Patterns im Spiel waren, nicht anzuerkennen sind, greift dies in die Vertragsfreiheit der Nutzer:innen ein. Zum anderen können Schutzmaßnahmen einzelne Nutzer:innen, die von der Masse als atypische Fälle abweichen, besonders belasten (*False Positives*): Gibt der Gesetzgeber gewisse Entscheidungsgestaltungen vor, kann dies in manchen Nutzer:innen ein Rationalitätsdefizit verstärken.

Kurzum: In der Schutzpflicht materialisiert sich die positive Seite der (Privat-)Autonomie (Freiheit *zu*). Diese kann jedoch zugleich in die negative Seite der (Privat-)Autonomie (Freiheit *von*) eingreifen.<sup>628</sup> Dies gilt es in die grundrechtliche Bewertung von Maßnahmen, die praktische Konkordanzbildung, einzustellen.<sup>629</sup> Damit ist die grundrechtliche Gemengelage auf der Seite der Geschützten, der Nutzer:innen, aufbereitet.

---

<sup>628</sup> Vgl. *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 233 ff.; i. E. auch *Kirste*, JZ 2011, 805 (813); *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 72 f., 77.

<sup>629</sup> S. unten § 6 A.

## § 4 Grundrechtsschutz für Übergriffe in die innere Sphäre der Grundrechte

Dass eine Schutzpflicht für die innere Sphäre besteht, sagt noch nicht, in welchen Umfang der Staat zu deren Schutz tätig werden darf und muss – sowie, ob er den erforderlichen Schutz tatsächlich gewährt. Die besondere Herausforderung bei der Bewältigung von Schutzpflichtkonstellationen ergibt sich vielmehr daraus, dass jede Schutzmaßnahme mit den Grundrechten der beteiligten Parteien – also der Betroffenen (etwa der Nutzer:innen eines Services) wie der Übergreifer:innen (etwa der Verwender:innen von Dark Patterns) – in einem „mehrpolygonen Verfassungsverhältnis“<sup>630</sup> auszutarieren ist. Leitschnur dieser intrikaten Abwägungsleistung ist der Grundsatz der praktischen Konkordanz.<sup>631</sup>

Um diese Ermittlung anstellen zu können, ist es erforderlich, die betroffenen Grundrechtspositionen auf beiden Seiten zu beleuchten. Schützt der Staat die Betroffenen vor einem Übergriff, kann er damit zugleich die Freiheitsrechte der Übergreifer:innen verkürzen. Augenfällig ist dies bei dem Verbot, eine gewisse Handlung vorzunehmen – mithin eine gewisse Entscheidungsgestaltung zu verwenden.<sup>632</sup> Zugleich setzt ein solcher „Schutzeingriff“<sup>633</sup> voraus, dass sich diejenigen auf Grundrechte berufen können, die auf die innere Sphäre anderer einwirken – wie die Verwender:innen von Dark Patterns.<sup>634</sup> In den Kategorien der Verhaltensökonomie gedacht stellt sich mithin die Frage, ob Entscheidungsarchitekturen (*Choice Architectures*) und -architekt:innen (*Choice Architects*) Grundrechtsschutz genießen (unten A.).<sup>635</sup> Ist dies der Fall, gilt es zu ermitteln, welche staatlichen Maßnahmen in diese Freiheit eingreifen (unten B.) sowie, wie derartige Schutzeingriffe zu rechtfertigen sind (unten C.).

### A. Grundrechtsschutz von Entscheidungsarchitekturen

Ob Entscheidungsarchitekturen und damit Dark Patterns grundrechtlichen Schutz genießen, ist völlig unbeleuchtet.<sup>636</sup> Dies erklärt sich wohl primär daraus,

<sup>630</sup> Callies, JZ 2006, 321 (325 f.).

<sup>631</sup> S. unten Dritter Teil, § 5, 6.

<sup>632</sup> Statt vieler *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (556); *Möstl*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 68, Rn. 35; etwas anders *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 44 ff., der nach eingriffsfreier „bloße[r] Unterbindung einer Störung“ und „Begleit- und Folgewirkungen“ unterscheidet, i. E. mit sehr engem Schutzbereichsverständnis.

<sup>633</sup> *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 191, Rn. 280; *ders.*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 45.

<sup>634</sup> Wie bereits oben § 2 D. IV. soll der Fokus dabei auf der materiellen Verfassungsmäßigkeit – dem Grundrechtsschutz und der Verhältnismäßigkeit von Einschränkungen – liegen.

<sup>635</sup> Zu den Begriffen oben Einleitung, Fn. 15, 16.

<sup>636</sup> So geht *Meier*, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 291, nicht darauf ein, inwieweit Täuschung und Manipulation grundrechtlich geschützt sind, gleichwohl er ihrem Verbot eine

dass bislang der staatliche Einsatz des Nudging den Fokus der rechtswissenschaftlichen Debatte gebildet hat.<sup>637</sup> Gerade Dark Patterns machen jedoch deutlich, dass Private derartige Mittel der Verhaltenslenkung einsetzen können. Dies erfordert es, das horizontale Verhältnis zwischen privaten Übergreifer:innen und privaten Betroffenen in den Blick zu nehmen. Nutzen Private die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber aus, um deren Entscheidungen zu lenken, könnten die Schutzbereiche verschiedener Grundrechte einschlägig sein (unten II.). Dies gilt jedenfalls dann, wenn keine allgemeinen Schutzbereichsgrenzen für derartige Einwirkungen auf die innere Sphäre bestehen (unten I.).

### I. Allgemeine Einschränkung des Schutzbereichs?

Die Einwirkung auf die innere Sphäre anderer erscheint auf den ersten Blick wenig schützenswert – vielmehr vermittelt sie gar den Eindruck, drittsschädigend zu sein. Entsprechend ist bereits klärungsbedürftig, ob Entscheidungsarchitekturen überhaupt grundrechtlichen Schutz beanspruchen können. Eine für alle (Freiheits-)Grundrechte geltende Einschränkung des Schutzbereichs fällt gleichwohl schwer. Sie kann Spezifika einzelner Grundrechte nicht berücksichtigen. Deswegen sind nur äußere Grenzen denkbar, die für alle Freiheitsgrundrechte gelten.<sup>638</sup> Bedeutend ist mithin, ob es *generelle (immanente) Grenzen* der (Freiheits-)Grundrechte gibt, die das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten – mithin wiederum als *Steuerungsmittel* – aus dem Schutzbereich aller Freiheitsgrundrechte ausschließen.<sup>639</sup>

#### 1. Gemeinwohlklausel?

Aus dem Schutzbereich könnte solches Verhalten ausgenommen sein, das nach *sozialethischer* Sicht als derart verwerflich bzw. sozialschädlich anzusehen ist, dass es nicht geschützt sein kann. Auf den ersten Blick überzeugt eine solche

---

hohe „Eingriffsintensität“ bescheinigt; erste Ansätze finden sich bei Autoren, die Verbote von Dark Patterns untersuchen; s. *Dregelies*, MMR 2023, 243 (244).

<sup>637</sup> S. hierzu oben Einleitung, A.; so *Kolbe*, Staatliche Gesundheitssteuerung, 2017, S. 161 ff. Anders *Meier*, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 3, der die verfassungsrechtliche Analyse aber gerade ausklammert.

<sup>638</sup> Mithin auch für die allgemeine Handlungsfreiheit; *Muckel*, in: Kempen/Dörr/Fink et al. (Hrsg.), FS Schiedermaier, 2001, S. 347, 353 ff.; a. A. *Murswiek*, Der Staat 45 (2006), 473 (484 f., 496).

<sup>639</sup> Grds. *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU III, 2022, § 79, Rn. 44 ff., der von „Schutzbereichspräformation“ spricht. Dabei allgemeine Meinung, dass jdfls. der Vorbehalt des Gesetzes – etwas systemwidrig – trotzdem gelten soll; *Merten*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 60, Rn. 27; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 191, Rn. 104. Derartige generelle Grenzen stehen neben möglichen tatbestandlichen Grenzen einzelner Grundrechte („partielle Grenzen“); vgl. *Merten*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 60, Rn. 1 ff.; s. auch *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 191, Rn. 91 ff.; hierzu i. R. d. einzelnen Grundrechte unten § 4 A. II.

„Gemeinwohlklausel“<sup>640</sup>: Es erscheint paradox, Verhalten auf Schutzbereichsebene schützen, dem im Falle einer Abwägung mit einem anderen Rechtsgut unter keinem denkbaren Gesichtspunkt eine Vorrangstellung zukommt.<sup>641</sup>

Unter dem Grundgesetz hingegen fällt es schwer, auf Schutzbereichsebene eine derartige Grenze zu ziehen. Die Frage, was das Gemeinwohl ausmacht, unterliegt keiner vorausdefinierten Antwort.<sup>642</sup> Diese muss der politisch-rechtssetzende Prozess finden – das Grundgesetz enthält nur äußerste Grenzen.<sup>643</sup> Vielmehr ist es das Wesen der Freiheitsgrundrechte, Freiheits-Prinzipien zu gewähren, die sich gegenseitig überlappen.<sup>644</sup> Die Freiheitsbereiche abzuwägen ist primär Aufgabe des demokratischen Prozesses. Insofern drückt sich in einer weiten Freiheitsgewähr auf Schutzbereichsebene eine Zurückhaltung gegenüber dem demokratischen Prozess aus. Weite, sich überlappende Schutzbereiche ermöglichen es dem Gesetzgeber, selbst Freiheiten untereinander auszugleichen.

Umgekehrt begründen weite Schutzbereiche und die daraus folgende weite Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gerade nicht die Gefahr, dass sich Kompetenzen auf die Gerichte (das BVerfG im Speziellen) verlagern.<sup>645</sup> Die Gefahr, dass sich Kompetenzen auf Gerichte verlagern, besteht vielmehr bei Ansätzen, die die Schutzbereiche der Grundrechte eng fassen wollen. Hier wäre es die Verfassung selbst, die gewissen Handlungen grundrechtlichen Schutz versage und damit ‚Verbote‘ ausspreche. Dem Gesetzgeber käme dann nur noch

<sup>640</sup> Bzw. „immanente Grenze erheblicher Gemeinwohlschädlichkeit“, hierfür *Merten*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *HdbGR III*, 2009, § 60, Rn. 26.

<sup>641</sup> (Ablehnend) darstellend *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR IX*, 2011, § 191, Rn. 96. Entsprechend ließe sich auch die Rechtsprechung des BVerfG zur „Sozial- und Gemeinschaftsschädlichkeit“ zu Art. 12 GG verstehen, wonach entsprechend klassifizierte Tätigkeiten vom Schutz des Grundrechts ausscheiden; BVerfGE 115, 276 (301) – Sportwetten; BVerfGE 117, 126 (137) – Hufbeschlaggesetz.

<sup>642</sup> Aus ökonomischer Warte ist jede durch Entscheidungsbeeinflussung induzierte Präferenzverfehlung (pareto-)wohlstandsschädlich und damit vom Schutzbereich der Freiheitsgrundrechte auszunehmen. Aus philosophischer Sicht ließe sich selbiges für autonomiesverletzende ‚Manipulation‘ sagen; hierzu etwa *Meier*, *Täuschung und Manipulation*, 2022, S. 103 ff.

<sup>643</sup> Aus eben diesem Grund wiederum ist auch ein allg. Verweis auf die Rechte Dritter als Grundrechtsgrenze abzulehnen – denn genau diese sind ebenfalls Ergebnis dieses Prozesses. Sie stellen insofern folgerichtig bei Art. 2 Abs. 1 GG keine absolute Schranke dar, sondern unterliegen entgegen dem Wortlaut selbst dem Rechtfertigungsvorbehalt und damit i. E. der Konkordanzbildung. Sie gehen insoweit in der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung auf; *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), *GG*, 2013, Art. 2 Abs. 1, Rn. 52; vgl. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR IX*, 2011, § 191, Rn. 100.

<sup>644</sup> Vgl. hierzu *Alexy*, *Der Staat* 29 (1990), 49 (54 f.); *ders.*, *Theorie der Grundrechte*, 2020, S. 78 ff. Hierzu *Klement*, *JZ* 2008, 756 (757 ff.); *Heinold*, *Prinzipientheorie*, 2011, S. 184 ff.; *Hong*, *Abwägungsfeste Rechte*, 2019, S. 35 ff.

<sup>645</sup> So zum Schutzbereich *Böckenförde*, *Der Staat* 42 (2003), 165 (187); darstellend *Kahl*, *Der Staat* 43 (2004), 167 (180 f.), als ein Argument für die Lehre vom „Gewährleistungsgehalt“, s. hierzu unten Zweiter Teil, Fn. 662 sowie Fn. 740; insges. *Vofßkuhle*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), *GG*, 2018, Art. 93, Rn. 35 ff.

die Aufgabe zu, gesetzliche Grundlagen für diese Verbote zu erlassen, um dem Vorbehalt des Gesetzes zu genügen. Die *Schutzbereiche selbst* würden so zu Freiheits-Regeln. Im Fall der Kunstfreiheit wäre es dem Gesetzgeber dann gar nicht möglich, Künstler:innen zu erlauben, auf Rechtsgüter anderer zuzugreifen (etwa für Sampling<sup>646</sup>). Denn wenn die Kunstfreiheit dies bereits tatbestandlich nicht schützte, fehlte der legitime Zweck für einen Eingriff in die Grundrechte der Rechteinhaber:innen. Die weite Schutzbereichsinterpretation hingegen macht den Schutzbereich zum Prinzip des Grundrechts, nicht zu dessen Regel. Eine Gemeinwohlklausel hingegen sieht im Schutzbereich eine Regel – sie ist deswegen weder bei der Grenzziehung hilfreich noch mit der Struktur der Grundrechte vereinbar.<sup>647</sup>

## 2. Gewaltverbot

Neben einer abzulehnenden Gemeinwohlklausel kommt als weitere spezifische Gewährleistungsgrenze ein allgemeines Gewaltverbot in Betracht. Dieses ist *primär mittelbezogen* ausgerichtet und deshalb hier besonders relevant.

So könnte sich aus der Friedlichkeits-*Conditio* der Versammlungsfreiheit („friedlich und ohne Waffen“, Art. 8 Abs. 1 GG<sup>648</sup>) ein verallgemeinerter Friedlichkeitsvorbehalt ableiten lassen. Hiernach schützte das Grundgesetz generell keine Gewalt bzw. die Ausübung physischen Zwangs.<sup>649</sup> Dieser Ansatz findet seine Begründung in der Existenz des staatlichen Gewaltmonopols: Der durch das Grundgesetz konstituierte Staat hat die Aufgabe, Freiheit vor privater Gewalt zu schützen. Betrachteten der Staat und das Grundgesetz derartige Gewalt als grundrechtlich geschützt, würden sich beide so in Widerspruch zu sich selbst setzen.<sup>650</sup> Entsprechend geht das BVerfG davon aus, dass – im Kontext des Art. 8 Abs. 1 GG – eine Zwangseinwirkung diese Grenze überschreitet, wenn sie zum Selbstzweck wird und keinem Kommunikationsanliegen mehr dienlich ist.<sup>651</sup> In

<sup>646</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 142, 74 (96 ff.) – Metall auf Metall.

<sup>647</sup> Insofern hält dann auch das BVerfG im Kontext des Art. 5 Abs. 1 GG fest, dass selbst „die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung“ – mithin klassisch als „sozial- und gemeinschaftsschädlich“ qualifiziertes Handeln – „nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG heraus“ fällt, BVerfGE 124, 300 (320 f.) – Wunsiedel. Einer allgemeinen Gemeinwohlklausel erteilt es damit eine Absage.

<sup>648</sup> Vgl. hierzu etwa *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 93. Erg.-Lfg. (2020), Art. 8, Rn. 83 ff.

<sup>649</sup> Hierfür *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 200, Rn. 33; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IX, 2011, § 191, Rn. 102; auch *ders.*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 23 ff.; *Merten*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 60, Rn. 28. Ablehnend *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, 2013, Vorb. v. Art. 1, Rn. 122; *Sachs*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 100.

<sup>650</sup> *S. arguendo Murswiek*, Der Staat 45 (2006), 473 (495).

<sup>651</sup> BVerfGE 104, 92 (104 f.) – Sitzblockaden III. Hierzu *Murswiek*, Der Staat 45 (2006), 473 (490 f.).

einer Erweiterung dieses Arguments hat das Gericht festgehalten, dass die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) Boykottaufrufe nicht erfasst, die wirtschaftlichen Druck ausüben – in Abgrenzung zu Mitteln, „die den geistigen Kampf der Meinungen gewährleisten“<sup>652</sup>. Betrachtet man hiernach sowohl (physischen) Zwang als auch wirtschaftliche Machtmittel, mithin (starke) Anreize, als Gewalt im Sinne des Gewaltverbots, liegt es nahe, die dritte Einwirkungsform auf das Gegenüber, mithin Einwirkungen auf die innere Sphäre, jedenfalls in gewissem Umfang, ebenfalls als Gewalt zu klassifizieren.<sup>653</sup>

Doch scheint eine derart weitgehende *generelle* Schutzbereichsgrenze nur schwer zu ziehen. So erlaubt etwa die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG) im Rahmen des Arbeitskampfs wirtschaftlichen Druck, der unter der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) wiederum nicht geschützt ist.<sup>654</sup> Die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) zum anderen ist auf den „Versuch geistiger Einflußnahme und Überzeugung“<sup>655</sup> angelegt – Einwirkungen auf das Innere können also nicht generell einer Ausnahme unterfallen. Jedenfalls das „Mittel freier Überzeugung“<sup>656</sup> ist gerade Kern des Grundrechtsschutzes.

Eine derartige mittel-bezogene Grundrechtsgrenze ist allenfalls für spezielle Grundrechte zu ziehen und bedarf einer Wirkungsschwelle sowie der Kontextualisierung. Etwas anderes mag alleine in extremen Situationen für das Einwirkungsmittel der physischen Gewalt, also des Zwangs, gelten. Und selbst hier wird der liberale Staat tatbestandlich Freiheitsschutz im Sinne einer schutzbereichlich unbegrenzten Freiheit gewähren müssen.<sup>657</sup> Ein allgemeines Gewaltverbot als mittelbezogene Schranke der Grundrechte ist mithin abzulehnen.

<sup>652</sup> BVerfGE 7, 198 (221) – Lüth; BVerfGE 25, 256 (266) – Blinkfüer; BVerfGE 62, 230 (244 f.) – Boykottaufruf. Vgl. *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 68. Erg.-Lfg. (Jan 2013), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 67, 85.

<sup>653</sup> Vgl. hierzu (ablehnend) *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 24 f., nach dem das Gewaltverbot nur physische Gewalt (lat. *vis*), nicht aber legitime nicht-physische Gewalt (lat. *potestas*) meint, die insbes. auch „wirtschaftliche Macht der Unternehmen“ umfassen kann. In der Tat kann aber erst der Gedanke der Schutzpflicht und Konkordanz begründen, was *potestas* und was grds. nicht-legitime „faktische[...] Macht“ (lat. *potentia*) ist. Insofern ist es durchaus angezeigt, neben *vis* auch *potentia* als dem Gewaltverbot unterfallend anzusehen. Zudem liegt die Einwirkung auf das Innere näher an der *vis* als an der *potentia*; vgl. oben § 2 C. II. 2. b) i).

<sup>654</sup> BVerfGE 7, 198 (221) – Lüth; BVerfGE 25, 256 (266) – Blinkfüer; BVerfGE 62, 230 (244 f.) – Boykottaufruf.

<sup>655</sup> BVerfGE 62, 230 (244) – Boykottaufruf.

<sup>656</sup> BVerfGE 62, 230 (246) – Boykottaufruf; ähnlich BVerfGE 7, 198 (210) – Lüth; BVerfGE 25, 256 (265) – Blinkfüer.

<sup>657</sup> Str. dann alleine, ob dies auch für Spezialfreiheitsrechte i. S. e. besonderen Privilegierung gilt, vgl. *Murawiek*, *Der Staat* 45 (2006), 473 (496).

### 3. Menschenwürde

Schließlich wäre es denkbar, dass die Menschenwürde der Gegenüber eine Grenze zieht.<sup>658</sup> Ansatzpunkt hierfür könnte sein, dass der Staat das, was ihm absolut verboten ist – wie eine totale Fremdsteuerung – nicht selbst erlauben kann.<sup>659</sup> Das zentrale Argument der Gemeinwohlklausel kehrt hier in anderem Gewande zurück. Doch zeigt sich ein wesentlicher Unterschied: Das Grundgesetz gewährt alleine die Menschenwürde als unantastbares Grundrecht. Nur diese stellt – historisch gewachsen und normativ verankert in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG – eine Grundrechtsregel, kein Grundrechtsprinzip dar.<sup>660</sup> Die anderen Grundrechte – auf die sich Entscheidungsarchitekt:innen berufen – können mithin *im Ergebnis* keine Freiheit gewähren, die die Menschenwürde berührt. Hier ist eine ausgestaltende Funktion des demokratischen Prozesses nicht denkbar. Gleichwohl ist diese Begrenzung der Freiheit dogmatisch erst auf Ebene der Rechtfertigung zu verwirklichen. Unterbindet der Staat eine Handlung, die die Menschenwürde berührt, ist dies stets gerechtfertigt.<sup>661</sup> Eine allgemeine Schutzbereichsgrenze für die tatbestandlich einschlägige Freiheit selbst greift infolgedessen nicht.

### 4. Zwischenergebnis

Damit ist klar, dass der Übergriff in die innere Sphäre anderer nicht generell vom Schutzbereich der Grundrechte ausgenommen ist.<sup>662</sup> Verwenden die Anbieter:innen einer Webseite etwa Dark Patterns, bewegen sie sich nicht *generell* außerhalb eines grundrechtlich geschützten Bereichs. Diese Feststellung mag auf den ersten Blick überraschen, denn es scheint grundsätzlich nachteilig für die Einzelnen, wenn das Gegenüber ihre Rationalitätsdefizite ausnutzt. Doch ist gerade die Frage, ob ein Verhalten zu unterbindende Nachteile auslöst, nach den

<sup>658</sup> Ansätze hierzu bei *Murswiek*, *Der Staat* 45 (2006), 473 (499, Fn. 74).

<sup>659</sup> *Hillgruber*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), *StREU* IV, 2022, § 100, Rn. 62.

<sup>660</sup> *Hillgruber*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR* IX, 2011, § 200, Rn. 31.

<sup>661</sup> Vgl. auch BVerfGE 107, 275 (282 f.) – Benetton II; BVerfGE 119, 1 (23 f.) – Esra. Weniger eindeutig BVerfGE 75, 369 (380) – Strauß-Karikatur.

<sup>662</sup> Weitere Grenzen, die (primär) vom Zweck des Handelns getragen werden (wie Rechtsmissbrauch oder Schikaneverbot) sind hier bei der Untersuchung eines *Mittels* nicht zentral; vgl. hierzu *Merten*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *HdbGR* III, 2009, § 60, Rn. 47 ff. Gleiches gilt für weitere Ansätze, wie etwa den „allg. Rechtsordnungsvorbehalt“, hierzu ablehnend *Sachs*, in: *ders.* (Hrsg.), *GG*, 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 77a mit Fn. 243; oder „Gewährleistungsmodelle“, die unzulässig Schutzbereich und Eingriff vermengen; vgl. oben Zweiter Teil, Fn. 738, 740, sowie insbes. *Böckenförde*, *Der Staat* 42 (2003), 165 (174 ff.); *Hoffmann-Riem*, in: *Bauerle/Hanebeck/Hausotter et al.* (Hrsg.), *Haben wir wirklich Recht?*, 2003, S. 53, 53 ff.; *ders.*, *Der Staat* 43 (2004), 203 (203 ff.). Kritik bei *Kahl*, *Der Staat* 43 (2004), 167 (185 ff.); *ders.*, *AöR* 131 (2006), 579 (602 ff.), mit erschöpfenden Literaturnachweisen; instruktiv des weiteren *Martins*, *DÖV* 2007, 456 (456 ff.); *Gärditz*, *Verwaltungsrechtliche Systembildung*, 2009, S. 320 ff., auch *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), *GG*, 2013, Vorb. v. Art. 1, Rn. 122.

Grundrechten des Grundgesetzes keine Überlegung, die sich abstrakt klären lässt – sie ist vielmehr im Rahmen der einzelnen Schutzbereiche sowie der Rechtfertigung von Eingriffen zu beantworten.

## II. Schutzbereichseröffnung im Einzelnen

Einwirkungen auf den Entscheidungsprozess und damit Entscheidungsarchitekturen sind nicht allgemein vom Schutzbereich der Grundrechte ausgenommen. Die zentrale Frage bleibt, inwieweit einzelne Grundrechte das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten und so die Verwendung von Dark Patterns in ihrem Schutzbereich erfassen. Für Verwender:innen von Dark Patterns kommen die Meinungs- (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, unten 1.), die Berufs- (Art. 12 GG, unten 2.) und die allgemeine Handlungs-, inklusive Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, unten 3.) in Betracht.

### 1. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)

Der kommunikative Akt, der dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten zugrunde liegt, könnte vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) umfasst sein. Hierfür ist entscheidend, ob es für die Verwender:innen eine geschützte Meinungsäußerung darstellt, wenn sie ein Häkchen vorauswählen (etwa für die Zustimmung zu einer Datenverarbeitung), Entscheidungsalternativen farblich hervorheben oder auf das Verhalten anderer hinweisen – mithin, wenn sie Dark Patterns verwenden. Wesentlich dafür, den Schutzbereich der Meinungsfreiheit zu bestimmen, sind drei Elemente: Inhalt („Meinung“, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG), Medium („durch Wort, Schrift und Bild“, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und Mittel („äußern und verbreiten“, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG). Dark Patterns müssten allen Elementen unterfallen, damit die Meinungsfreiheit sie schützt.

#### a) Inhalt: „Meinung“

Tatbestandlich geschützter Inhalt der Meinungsfreiheit sind Meinungen und für ihre Bildung relevante Tatsachen.<sup>663</sup> Meinungen wiederum zeichnen sich durch ein „Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens“<sup>664</sup>, kurz der Beurteilung aus. Entscheidend ist, dass alle Menschen frei sagen können sollen, was sie denken, auch wenn sie keine nachprüfbaren Gründe für ihr Urteil angeben oder angeben können.<sup>665</sup> Tatsachen hingegen sind – anders als Meinungen –

<sup>663</sup> Vgl. grds. BVerfGE 90, 241 (247 f.) – Auschwitzlüge; hierzu statt vieler *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 68. Erg.-Lfg. (Jan 2013), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 47 f.

<sup>664</sup> BVerfGE 124, 300 (320) – Wunsiedel, m. w. N.; dies umfasst gerade auch die „Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien“, *ebd.*

<sup>665</sup> BVerfGE 42, 163 (170 f.) – Deutschland-Stiftung.

wahr oder unwahr.<sup>666</sup> Tatsachenbehauptungen sind dann nicht von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG erfasst, wenn sie „bewußt oder erwiesen unwahr“<sup>667</sup> sind.<sup>668</sup> Sonstige Kommunikationsakte – etwa Werbung<sup>669</sup> oder Kunst<sup>670</sup> – sind nur erfasst, soweit sie „einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt“<sup>671</sup> haben. Ob eine Kommunikation als Meinung geschützt ist, richtet sich mithin zuvorderst nach ihrem konkreten Inhalt. Nicht entscheidend ist hingegen, wie sie auf die Gegenüber und deren Entscheidungsprozess wirkt.

Kommunikationselemente, die Rationalitätsdefizite ausnutzen, lassen sich in diese hergebrachte Struktur der Meinungsfreiheit nur schwer einordnen. Die allermeisten Dark Patterns enthalten weder eine Meinung noch eine Tatsachenbehauptung. Wiederholte Entscheidungsaufforderungen, Voreinstellung oder farbliche Hervorhebung sind als solche nicht meinungsbildend. Bei anderen ist ein wertendes Element zumindest denkbar: Verweise auf das Verhalten anderer legen nahe, dass die Verwender:innen deren Verhalten für gut befinden. Countdowns wiederum nähern sich einer Tatsachenbehauptung an – haben jedoch keinen meinungsbildenden Bezug. Gestaltungen, die Rationalitätsdefizite ausnutzen, sind damit nur im Einzelfall als Meinung geschützt – das Gros der Entscheidungsarchitekturen genießt diesen Schutz nicht.

<sup>666</sup> Schemmer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2022, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 5.

<sup>667</sup> Vgl. etwa BVerfGE 90, 241 (247) – Auschwitzlüge; jüngst BVerfG, NJW 2018, 2858 (2859, Rn. 20) – Holocaust-Leugnung; hierfür Buchheim, Der Staat 59 (2020), 159 (170 ff.); kritisch Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 68. Erg.-Lfg. (Jan 2013), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 50 f.; Jestaedt, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGrDE IV, 2011, § 102, Rn. 36 ff.

<sup>668</sup> Hillgruber, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU IV, 2022, § 117, Rn. 23.

<sup>669</sup> BVerfGE 111, 366 (378) – Werbung von Steuerberatern: „Werbung [ist] mehr [...] als – sachliche – Unterrichtung über Art und Ort einer beruflichen Tätigkeit“. Jdfls. erfasst sind „kommerzielle Meinungsäußerungen“, BVerfG, NJW 2015, 1438 (1439, Rn. 20) – Schockwerbung durch Rechtsanwälte. Vgl. insges. Arnold, Wirtschaftswerbung, 2019, S. 41 ff.; sowie Faßbender, GRUR 2006, 965 (966 ff.), zur Rspr. des BVerfG.

<sup>670</sup> Wobei es höchst strittig ist, wie sich Kunst und Meinung zueinander verhalten. Jdfls. unter dem Grundgesetz besteht Abgrenzungsbedarf; vgl. Wittreck, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 5 Abs. 3 (Kunst), Rn. 39. Dafür, dass Kunst kein Unterfall der Meinung ist, wohl BVerfGE 30, 173 (191 f.) – Mephisto; Starck/Paulus, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 5, Rn. 433.

<sup>671</sup> BVerfGE 71, 162 (175) – Frischzellentherapie; BVerfG, NJW 2015, 1438 (1439, Rn. 20) – Schockwerbung durch Rechtsanwälte. Anders für Werbung in der „bloße[n] Absicht, sich als Unternehmen ins Gespräch zu bringen“, BVerfGE 107, 275 (280) – Benetton II. Sehr weitgehend erkennt das BVerfG, NJW 2001, 3403 (3404) – Generika-Werbung, einen Meinungsinhalt an, wonach es genügt, dass Werbende sich „billigend zu [einer wissenschaftliche] Studie“ äußern. In der Sache scheint das BVerfG – entgegen der eigenen inhaltlichen Maßstäbe – im Wesentlichen danach zu differenzieren, ob es um angeblich berufsrechtswidrige Werbung, also um Werbung der Freien Berufe (dann Art. 12 Abs. 1 GG), oder um angeblich (anderweitig) wettbewerbswidrige Werbung (dann Art. 5 Abs. 1 GG) geht; vgl. Faßbender, GRUR 2006, 965 (968); zuletzt bestätigt in BVerfG, NJW 2011, 3147 (3147) – Zahnärztehaus.

b) *Medium: „Wort, Schrift, Bild“*

Will man es genügen lassen, dass dem farblichen Hervorheben oder der Vorausswahl der Gehalt ‚Dieser Button scheint mir vorzugswürdig‘ zu entnehmen ist, stellte sich die Frage, ob diese Mitteilung sich eines *Mediums* bedient, das von der Meinungsfreiheit geschützt ist. Es gilt einzuordnen, dass die Verwender:innen diese Wertung auf andere Art als durch Worte äußern. Das Grundgesetz schützt jedoch auch diejenigen, die eine Meinung anders als durch Worte kundtun.<sup>672</sup> Dies zeigt bereits der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, der selbst mehrere zulässige Medien benennt: „Wort, Schrift und Bild“.<sup>673</sup> Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Die Grundrechtsträger:innen können jedes Medium nutzen, das den ausdrücklich genannten Medien in ihrer kommunikativen Wirkung vergleichbar ist.<sup>674</sup> Dies erfasst jedenfalls die graphische Gestaltung von Benutzungsoberflächen, wie sie Dark Patterns zugrunde liegt.

c) *Mittel: „äußern und verbreiten“*

Schließlich ist entscheidend, ob die Einzelnen ihre Meinung mithilfe eines geschützten Mittels kundtun. Das Grundgesetz schützt seinem Wortlaut nach, eine Meinung zu „äußern und [zu] verbreiten“ (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG). Dabei zeigt die Breite der geschützten Medien, dass das Mittel der Kundgabe weit gefasst ist.<sup>675</sup> Zugleich stellt sich die hier zentrale Frage, wie weit der Schutz für solche Mitteilungsarten gilt, die auf das Gegenüber einwirken. Neben hier im Grunde nicht interessierenden äußeren Einwirkungen, wie etwa Sitzblockaden oder Sachbeschädigungen<sup>676</sup>, gilt es, die Grenzen der inneren Wirkung zu beleuchten.

aa) *Schutz innerer Wirkungen*

Die Meinungsfreiheit schützt nicht nur die Freiheit, die eigene Meinung zu äußern. Vielmehr gewährt sie als notwendigen Bestandteil ihrer selbst, dass sich eine Meinungsäußerung auf das Innere Dritter auswirkt. Es ist der Sinn von Meinungsäußerungen, meinungsbildend und überzeugend zu wirken – mithin geistigen Einfluss auf andere zu nehmen.<sup>677</sup> Die Meinungsfreiheit schützt, dass die geäußerte Meinung auf das Denken, das Dafür- und Dagegenhalten,

<sup>672</sup> Vgl. insbes. BVerfGE 102, 347 (362f.) – Benetton I.

<sup>673</sup> Hillgruber, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU IV, 2022, § 117, Rn. 25.

<sup>674</sup> Jestaedt, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGrDE IV, 2011, § 102, Rn. 41.

<sup>675</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 67.

<sup>676</sup> Vgl. hierzu Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 74.

<sup>677</sup> Hillgruber, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StREU IV, 2022, § 117, Rn. 27; Schemmer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2022, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 4.

anderer einwirkt.<sup>678</sup> Sie ist auf den „Versuch geistiger Einflußnahme und Überzeugung“<sup>679</sup> angelegt.<sup>680</sup>

Dabei ist das „Mittel freier Überzeugung“<sup>681</sup> das Ideal der Grundrechtsausübung. Dies entspricht dem Menschenbild sowie dem demokratischen System des Grundgesetzes.<sup>682</sup> Gleichwohl ist der Schutzbereich nicht auf die rationale ‚Überzeugung‘ beschränkt: Das Grundgesetz zieht hier keine enge Grenze. So dürfen Redner:innen ihre Meinung polemisch, aufwühlend oder emotionalisierend vortragen.<sup>683</sup> Dies geht nach dem BVerfG soweit, dass „Außenwirkungen von Meinungsäußerungen [...], die bei den Angesprochenen Handlungsbereitschaft auslösen oder Hemmschwellen herabsetzen oder Dritte unmittelbar einschüchtern“<sup>684</sup>, von dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit noch umfasst sind.

Die kommunikative Ausrichtung von Wort, Schrift und Bild ist nicht zwingend darauf festgelegt, rationales Denken anzusprechen. Das ‚Mittel freier Überzeugung‘ meint nicht alleine rationale Überzeugung. Es gilt, die Anforderungen daran nicht zu überspannen, wie Menschen ihre Meinung kundtun und auf anderen einwirken. Die Darbietung von Meinungen wirkt nicht nur durch eine rationale Informationsvermittlung – die als solche nicht Kern der Meinungsfreiheit ist. Vielmehr spricht der Meinungskampf gerade nicht klassisch-rationale Entscheidungsvorgänge an.<sup>685</sup>

#### *bb) Grenzen der inneren Wirkungen*

Grundlegender Ansatz der Meinungsfreiheit ist es, Meinungen nicht zu regulieren. In ihnen begründeten Gefahren ist nach der freiheitlichen Ordnung des Grundgesetzes „primär [mit dem Mittel des] bürgerschaftliche[n] Engagement[s] im freien politischen Diskurs“<sup>686</sup> zu begegnen. Gleichzeitig lässt der weite Schutz der inneren Wirkung nicht jede Form des Einflusses zu. Der Mechanismus von

<sup>678</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 69.

<sup>679</sup> BVerfGE 62, 230 (644) – Boykottaufruf; ähnlich BVerfGE 7, 198 (210) – Lüth; BVerfGE 25, 256 (265) – Blinkfürer.

<sup>680</sup> Nach Jestaedt, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGrDE IV, 2011, § 102, Rn. 7, schützt die Meinungsfreiheit gerade die „Freiheit, auf andere in den Formen geistiger Kommunikation einzuwirken (Freiheit zur Überzeugung anderer)“.

<sup>681</sup> BVerfGE 62, 230 (246) – Boykottaufruf; ähnlich BVerfGE 7, 198 (210) – Lüth; BVerfGE 25, 256 (265) – Blinkfürer.

<sup>682</sup> Insofern schützt das Grundgesetz die Meinungsfreiheit sowohl im Interesse der Persönlichkeitsentfaltung der Einzelnen als auch im Interesse des demokratischen Prozesses, für den sie konstitutive Bedeutung hat; BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth.

<sup>683</sup> BVerfGE 124, 300 (335) – Wunsiedel. Die Darstellung in Bildern erfasst auch eine „schockierende Gestaltung“, BVerfGE 102, 347 (363) – Benetton I.

<sup>684</sup> BVerfGE 124, 300 (335) – Wunsiedel.

<sup>685</sup> Vgl. im Kontext von Werbung BVerfGE 102, 347 (364) – Benetton I; BVerfG, NJW 2002, 1187 (1189) – Tier- und Artenschutz, zum Erregen von Aufmerksamkeit und Gewinnen von Sympathie durch gefühlsbetonte Motive.

<sup>686</sup> BVerfGE 124, 300 (321) – Wunsiedel.

Rede und Gegenrede gerät bei gewissen *Mitteilungsarten* an seine Grenzen.<sup>687</sup> Nur soweit es für das Gegenüber möglich ist, eine Meinungsäußerung mit Gegenrede zu begegnen, ist es angezeigt, sie dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterfallen zu lassen. Bezüglich der inneren Sphäre folgt daraus, dass die Einwirkung so stattfinden muss, dass die Gegenüber die Möglichkeit behalten, ihre „Entscheidung in voller innerer Freiheit zu treffen“<sup>688</sup>. Nur dann können sich die Adressat:innen der Meinungsäußerung innerlich gegen eine fremde Meinung wenden und ihr durch Gegenrede nach außen begegnen. Diese innere Freiheit ist jedoch – entgegen der Ansicht des BVerfG<sup>689</sup> – ab einem gewissen Grad der Einwirkung auf den Entscheidungsprozess nicht mehr gegeben.

Bedeutend ist mithin – und hier schließt sich der Kreis zur Autonomie-Diskussion<sup>690</sup> –, dass die Einzelnen die Folge der Einwirkung auf ihren Entscheidungs- insbesondere Präferenzbildungsprozess nach wie vor als eigene empfinden, ihnen also ein Reflexionsspielraum verbleibt.<sup>691</sup> So erfasst die Meinungsfreiheit Einflüsse auf das Innere nur, soweit eine Meinungsäußerung in Rede steht, die sich Mitteln bedient, die in ihrer Wirkung eine autonome Entscheidung der Gegenüber belassen. Insofern kann die Wirkung von Kommunikation nicht alleine nach dem idealen Menschenbild des Grundgesetzes bestimmt werden, sondern muss die realen Gegebenheiten mit einbeziehen.<sup>692</sup> Als normativer Gradmesser können die Voraussetzungen der Prozessautonomie dienen. Nur wo den Betroffenen noch Autonomiespielraum verbleibt – also die Einwirkung nicht unmittelbar Folgen hat, sondern ein autonomes Dazwischentreten möglich ist – kann noch von einer (auch) freien Einwirkung die Rede sein.<sup>693</sup> Als tatsächlicher Gradmesser wiederum bieten sich die bereits in § 2 entwickelten Überlegungen zur Steuerungswirkung an.<sup>694</sup> Jedenfalls wo besonders starke Wirkungen in Rede stehen, verlässt die Gestaltung der Entscheidungsarchitektur den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

<sup>687</sup> Dies entspricht i. E. wohl der komplementären Seite *Buchheims* Ansatz: Zeichnen sich Meinungen dadurch aus, dass die Empfänger:innen diese kritisch prüfen, dann ist der Schutz der Meinungsfreiheit nicht mehr gegeben, wenn dieses kritische Prüfen aufgrund der subkutanen Wirkung unmöglich ist; vgl. hierzu *Buchheim*, *Der Staat* 59 (2020), 159 (173 ff.).

<sup>688</sup> BVerfGE 25, 256 (265) – Blinkfüer; BVerfGE 62, 230 (245) – Boykottaufruf. *Jestaedt*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *HdbGrDE IV*, 2011, § 102, Rn. 41, spricht nicht ganz zutreffend von „kommunikative[er] Selbstbestimmung des Gegenübers“, denn dem Einfluss selbst kann sich das Gegenüber nicht stets entziehen.

<sup>689</sup> BVerfGE 124, 300 (332) – Wunsiedel, sieht auch Meinungsäußerungen als geschützt an, „die über die Überzeugungsbildung hinaus mittelbar auf Realwirkungen angelegt sind und etwa in Form von [...] aggressiven Emotionalisierungen oder der Herabsetzung von Hemmschwellen rechtsgutgefährdende Folgen unmittelbar auslösen können“.

<sup>690</sup> S. oben § 1 B. I. 2.

<sup>691</sup> In diese Richtung *BVerfG*, *NJW* 2002, 1187 (1189) – Tier- und Artenschutz.

<sup>692</sup> S. zur Annahmenseitigen Bildung oben § 2 C. III. 3. b) i) (b).

<sup>693</sup> Dies entspricht der äußeren Wirkungsgrenze der Meinungsfreiheit, die bei physischem oder wirtschaftlichem Druck i. S. e. Boykotts liegt; s. oben § 4 A. I. 2.

<sup>694</sup> § 2 C. III. 3. b).

### cc) Erfasste Dark Patterns

Die Meinungsfreiheit schützt damit Dark Patterns nur in engen Grenzen – soweit man in ihnen überhaupt eine Meinungsäußerung sehen will. In diesem Fall sind alleine solche Einwirkungen auf die innere Sphäre geschützt, die dem Gegenüber ein autonomes Dazwischentreten erlauben. Dies ist jedenfalls bei stark entscheidungslenkenden Dark Patterns nicht der Fall. Doch auch schwach wirkende Dark Patterns können im Einzelfall die Grenze überschreiten, wenn sie aufgrund ihrer klandestinen Wirkung verhindern, dass die Einzelnen sich gewahr werden, dass das Gegenüber auf ihren Entscheidungsprozess einwirkt. Die Meinungsfreiheit schützt die Verwender:innen von Dark Patterns so nur in besonderen Einzelfällen.

### 2. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Neben der Meinungsfreiheit kann die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) Grundrechtsschutz für die Verwender:innen von Dark Patterns bieten. Ob die Einzelnen im Zusammenhang mit der Ausübung ihres Berufs Rationalitätsdefizite ausnutzen, lässt sich nicht abstrakt sagen. Für die (deutschen und EU-ausländischen<sup>695</sup>) Verwender:innen von Dark Patterns (gegebenenfalls als juristische Personen über Art. 19 Abs. 3 GG geschützt<sup>696</sup>) ist dies gleichwohl regelmäßig der Fall. Ein Beruf ist dabei nicht eng auf bestehende Berufsbilder, sondern weit als „jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage“<sup>697</sup> zu verstehen.<sup>698</sup> Gerade Webseitenanbieter:innen oder Interfacedesigner:innen, die ein kommerzielles Interesse verfolgen, fallen hierunter.<sup>699</sup>

Entscheidend ist vielmehr, inwieweit die Berufsfreiheit in Form der Berufsausübungsfreiheit<sup>700</sup> schützt, dass die Träger:innen der Berufsfreiheit die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber – insbesondere ihrer Vertragspartner:innen – ausnutzen. Zur Berufsausübung gehört nicht nur die berufliche Praxis selbst, sondern jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und dieser

<sup>695</sup> Vgl. zu dem immerwährenden Streit, wie sich Deutschen-Grundrechte zu den Diskriminierungsverboten des Unionsrechts verhalten statt vieler *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2022, Art. 12, Rn. 35 ff.

<sup>696</sup> Vgl. etwa BVerfGE 95, 173 (181) – Warnhinweise Tabakerzeugnisse.

<sup>697</sup> Etwa BVerfGE 111, 10 (28) – Ladenschlussgesetz II, st. Rspr.

<sup>698</sup> Statt vieler *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2022, Art. 12, Rn. 41.

<sup>699</sup> Soweit dabei eine Grenze für evident sozialschädliches Verhalten anzuerkennen ist (hierfür BVerfGE 115, 276 [301] – Sportwetten; BVerfGE 117, 126 [137] – Hufbeschlaggesetz) gilt dies wohl grds. für „den Beruf“ an sich; vgl. hierzu *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2022, Art. 12, Rn. 42. Nicht hingegen gilt es für einzelne Aspekte seiner Ausübung. Diese sind getrennt hiervon zu betrachten.

<sup>700</sup> Die Berufsfreiheit ist – trotz des Wortlauts, der zwischen Berufswahl- und -ausübungsfreiheit zu unterscheiden scheint – ein einheitliches Grundrecht; vgl. etwa BVerfGE 95, 193 (214) – DDR-Hochschullehrer, st. Rspr.

dient.<sup>701</sup> Insofern schützt die Berufsfreiheit kommunikative Akte, beispielsweise die Verpackung der Produkte<sup>702</sup>, die freie Vertrags- und Preisgestaltung<sup>703</sup> sowie die Freiheit der beruflichen Außendarstellung<sup>704</sup> einschließlich der Werbung für Produkte<sup>705</sup>.

Dies macht bereits deutlich, dass die Berufsfreiheit – wie die Meinungsfreiheit – Einwirkungen auf das Innere schützt. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob der Kreis der geschützten Arten der Einwirkung weiter zu ziehen ist als bei der Meinungsfreiheit. Entscheidend für die Reichweite des Schutzes ist der Schutzzweck der Berufsfreiheit. Er unterscheidet sich von dem der Meinungsfreiheit. Die Meinungsfreiheit schützt vorrangig die kommunikative Entfaltung und Selbstdarstellung – jedoch im Rahmen eines gesellschaftlichen Meinungsbildungsprozesses. Die Berufsfreiheit hingegen schützt die wirtschaftliche Entfaltung und Lebenssicherung.<sup>706</sup> Die Berufsfreiheit kennt insofern keine ordnungspolitische (Schutzbereichs-)Grenze des marktkonformen Verhaltens.<sup>707</sup> Vielmehr schützt die Berufsfreiheit vielfältige Einwirkungen auf das Gegenüber. So ist es von der Berufsfreiheit umfasst, wirtschaftliche Macht (am Markt) auszuüben. Dies zeigt sich deutlich in der *Handelsvertreter*-Entscheidung: Unternehmer:innen, die ihren Vertragspartner:innen abverlangen, sich zur Wettbewerbsunterlassung zu verpflichten, genießen den Schutz der Berufsfreiheit.<sup>708</sup> Ebenfalls geschützt ist es, einen (starken) wirtschaftlichen Anreiz zu schaffen, um die Gegenseite zu einem Vertragsschluss zu bewegen.<sup>709</sup>

Bezogen auf die innere Sphäre gewährt die Berufsfreiheit das Recht, auf den Entscheidungsprozess der Gegenüber einzuwirken. Vorrangig gilt dies für Information, die nach dem BVerfG den Kern geschützter Wirtschaftswerbung bildet.<sup>710</sup> Zugleich ist die Berufsausübungsfreiheit nicht hierauf begrenzt. So ist Wirtschaftswerbung „mehr [...] als – sachliche – Unterrichtung über Art und Ort einer beruflichen Tätigkeit“<sup>711</sup>. Das Mehr liegt darin, dass Werbende die

<sup>701</sup> BVerfGE 94, 372 (389) – Werbung von Apothekern.

<sup>702</sup> Nachw. hierzu bei *Tettinger*, DVBl 1995, 213 (215).

<sup>703</sup> *Breuer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR VIII*, 2010, § 170, Rn. 89; *Ossenbühl*, *AöR* 115 (1990), 1 (21 f.); s. auch BVerfGE 134, 204 (222 f.) – Übersetzungshonorare, st. Rspr.

<sup>704</sup> BVerfGE 112, 255 (262) – Anwaltsnotariat II.

<sup>705</sup> BVerfGE 112, 255 (262) – Anwaltsnotariat II, st. Rspr.; *Ossenbühl*, *AöR* 115 (1990), 1 (24 f.).

<sup>706</sup> Vgl. BVerfGE 81, 242 (254) – Handelsvertreter; *Mann*, in: *Sachs* (Hrsg.), *GG*, 2021, Art. 12, Rn. 16.

<sup>707</sup> *Vice versa* zur staatlichen Einwirkung oben § 2 C. III. b).

<sup>708</sup> BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter. Ähnlich auch jüngst *BVerfG*, *NJW* 2018, 2542 (2543 f., Rn. 38 ff.) – Zuvor-Beschäftigung.

<sup>709</sup> Vgl. *BVerfG*, *NJW* 2004, 2008 (2010) – Ebenbürtigkeitsklausel/Hohenzollern, wenn auch zu Art. 14 Abs. 1 GG; nur so kann es dann auch in die „Abwägung“ eintreten.

<sup>710</sup> BVerfGE 76, 196 (208 f.) – Anwaltliches Werbeverbot.

<sup>711</sup> BVerfGE 111, 366 (378) – Werbung von Steuerberatern; etwas anders BVerfGE 105, 252 (266) – Glykol.

Vorstellungswelt anderer in nicht ausschließlich informierender Weise beeinflussen dürfen, etwa durch Imagewerbung.

Anders als bei der Meinungsfreiheit erfasst dies selbst solche Werbung, die in die Irre führt<sup>712</sup>, Hinterliebene überrumpelt und so ausnutzt<sup>713</sup> oder Passant:innen physisch den Weg verstellt<sup>714</sup>. Insofern notwendiger Fremdbestimmungsschutz verwirklicht sich – dies ist eine zentrale Erkenntnis der *Handelsvertreter*-Rechtsprechungslinie – nicht auf Schutzbereichsebene. Der Tatbestand der Berufsfreiheit umfasst folglich Verhaltensweisen, die auf den Entscheidungsprozess anderer einwirken bzw. deren Rationalitätsdefizite ausnutzen. Er schützt als Teil der Berufsausübung das Gestalten von Entscheidungsarchitekturen. Damit unterfällt es dem Schutzbereich der Berufsfreiheit, Dark Patterns zu verwenden.

### 3. Allgemeine Handlungsfreiheit, inklusive Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Schließlich lohnt ein Blick auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Hiernach könnten diejenigen, die die Rationalitätsdefizite anderer zu eigenen Zwecken ausnutzen, grundrechtlichen Schutz erfahren.<sup>715</sup> Das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit kann in zwei Ausprägungen einschlägig sein: einerseits als allgemeine Handlungsfreiheit selbst, andererseits als (allgemeine) Vertragsfreiheit.<sup>716</sup>

Die (allgemeine) Vertragsfreiheit erfasst zumindest Inhalt und Form der Verträge<sup>717</sup> sowie den Prozess des Vertragsschlusses<sup>718</sup>. Insofern ergibt sich gegenüber den Erwägungen zu der beruflichen Vertragsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) keine Abweichung. Auch unter der allgemeinen Vertragsfreiheit steht der Selbstbestimmungsschutz der Grundrechtsträger:innen im Vordergrund. Eine in der ausgeübten Selbstbestimmung liegende Fremdbestimmung anderer lässt insofern nicht den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG entfallen.<sup>719</sup> Vielmehr sind die

<sup>712</sup> BVerfGE 65, 237 (247) – Mietwagen-Werbung; BVerfGE 112, 255 (263 f.) – Anwaltsnotariat II.

<sup>713</sup> BVerfGE 32, 311 (317) – Steinmetz.

<sup>714</sup> BVerfGE 94, 372 (400) – Werbung von Apothekern.

<sup>715</sup> Die Frage, inwieweit Art. 2 Abs. 1 GG neben speziellen Grundrechten (insbes. der spezialgrundrechtlich geschützten Vertragsfreiheit) anwendbar ist, soll hier nicht im Vordergrund stehen. Selbst das BVerfG scheint diesbezüglich uneinheitlich zu entscheiden – grds. geht es aber wohl von einer Verdrängung aus, jdf. im Bereich der Berufsfreiheit, hierzu *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 47. Erg.-Lfg. (Jun 2006), Art. 12, Rn. 122 f., und der Eigentumsfreiheit, hierzu BVerfGE 134, 204 (222 f.) – Übersetzungshonorare, st. Rspr.

<sup>716</sup> Vgl. grds. zu diesen Ausprägungen der allgemeinen Handlungsfreiheit *Kahl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGrDE V, 2013, § 124, Rn. 64; *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2022, Art. 2, Rn. 9 ff.

<sup>717</sup> BVerfGE 142, 268 (281, 301) – Bestellerprinzip.

<sup>718</sup> BVerfGE 142, 268 (296, Rn. 84) – Bestellerprinzip: „Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen verbindlich auszuhandeln“.

<sup>719</sup> Vgl. BVerfGE 89, 214 (232 ff.) – Angehörigenbürgerschaft, wobei die Entscheidung dog-

sich überlappenden Schutzbereiche im Rahmen der Konkordanzbildung abzugrenzen.<sup>720</sup> Wie bei der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) gilt dies für Einwirkungen auf die äußere wie innere Sphäre.

Schließlich ändert sich die Lage für die allgemeine Handlungsfreiheit nicht. In Bereichen, die nicht (mehr) der Vertragsfreiheit unterfallen, gilt der umfassende Grundrechtsschutz der allgemeinen Handlungsfreiheit. Mangels einschlägiger Grundrechtsgrenzen<sup>721</sup> ist es jedenfalls über diese geschützt, die Rationalitätsdefizite der Gegenüber auszunutzen.

Einflüsse auf den Entscheidungsprozess im Kontext von Verträgen unterfallen damit der Vertragsfreiheit. Außerhalb dieser greift die allgemeine Handlungsfreiheit. Diejenigen, die Dark Patterns nutzen, können so Grundrechtsschutz jedenfalls vermittels des Art. 2 Abs. 1 GG für sich in Anspruch nehmen.

### III. Ökonomische Bewertung

Ökonomisch betrachtet ist auf den ersten Blick leicht zu beantworten, wann es schutzwürdig ist, dass jemand den Entscheidungsprozess anderer beeinflusst: Schutzwürdig sind Einflüsse, die präferenzgerechte(-re) und damit effiziente(-re) Entscheidungen hervorrufen. Einflüsse, die hingegen *ineffiziente(-re)* Entscheidungen schaffen, sind ökonomisch nicht schutzwürdig.

Zu effizienteren Entscheidungen führen zwei Arten von Einflüssen: Information und solche Einflüsse, die Rationalitätsdefizite oder ihre Effekte abschwächen (De-Biasing).<sup>722</sup> Information ruft effizientere Entscheidungen hervor, da sie den Entscheider:innen die Kosten der Informationssuche erspart. De-Biasing verhindert Präferenzverfälschungen, indem es Biases und Heuristiken oder ihre Effekte abschwächt. Auf der anderen Seite stehen Einflüsse, die zu weniger effizienten Entscheidungen führen: Fehlinformation und Re-Biasing. Fehlinformation führt zu höheren Informationsbeschaffungskosten oder gar einem Irrtum. Re-Biasing verstärkt Rationalitätsdefizite oder ihre Effekte. Erste Art des Einflusses ist ökonomisch wünschenswert, zweite hingegen unerwünscht. Die Anleitung zu nicht-präferenzgerechter Entscheidung ist somit nicht schutzwürdig. Mit diesem Ergebnis unterscheidet sich die ökonomische Perspektive maßgeblich von der rechtlichen Perspektive. Denn nach der grundrechtlichen Bewertung unterfällt ein Re-Biasing, also das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten, und damit ein nicht-effizienter Einfluss dem Schutzbereich der Grundrechte.

---

matisch weniger sauber aufgeschlüsselt ist, als die Entscheidungen BVerfGE 81, 242 – Handelsvertreter, und BVerfGE 99, 341 – Testierfreiheit.

<sup>720</sup> S. unten § 5 A.

<sup>721</sup> S. hierzu oben § 4 A. I.

<sup>722</sup> S. bereits oben i. R. d. Eingriffs § 2 C. III. bzw. unten § 6 C. I. 2.

Die verhaltensökonomische Sicht macht jedoch deutlich, dass eine derart starre Trennung zwischen Information und Fehlinformation, De-Biasing und Re-Biasing nicht zu ziehen ist. Nimmt der Mensch Information auf, prägen ihn stets Biases.<sup>723</sup> Legt man diese Erkenntnis zugrunde, verliert die Überlegung der klassischen Ökonomie, die Schutzwürdigkeit effizienz-orientiert beantwortet, an Kontur. Sie nähert sich einer Maximierungsfunktion an: Entscheidend ist, ob ein Einfluss insgesamt effizienzsteigernd wirkt. Gerade dies macht private Einflüsse jedoch – will man derartige Fragen abgeschichtet klären – *prima facie* schutzwürdig. Denn es besteht stets die Möglichkeit, dass ein Einfluss effizienzsteigernd wirkt. Selbst falsche Information kann im Ergebnis zu einer präferenzgerechteren Entscheidung führen. Leiden Menschen etwa unter *Optimism Bias*, bewerten sie ihr Risiko nur dann realitätsnah, wenn an sie gerichtete Information die Wahrscheinlichkeit überzeichnet, dass das Risiko eintritt. Wer hört, dass 10 % der Raucher:innen an Lungenkrebs erkranken, mag davon ausgehen, dass sie bzw. er dazu nicht gehören wird, also persönlich 0 % Risiko hat. Sagt man Raucher:innen jedoch, die Wahrscheinlichkeit läge bei 50 %, mag diese Fehlinformation dazu führen, dass sie ihre eigene Verletzlichkeit adäquat beurteilen.

Die unterschiedliche Bewertung zwischen der klassisch- und verhaltensökonomischen Sicht zeigt, dass die ökonomische Bewertung der Schutzwürdigkeit zu keinem eindeutigen Ergebnis führt. Sie ist insofern nicht geeignet, die rechtlich abgeschichteten Erwägungen auf die Seite zu wischen. Vielmehr ist es angezeigt, die ökonomischen Erwägungen auf Ebene der Abwägung bzw. der Konkordanzbildung in die rechtliche Maßstababwägung einfließen zu lassen.

#### IV. Ergebnis

Der Prüfung der Frage, ob die Grundrechte diejenigen, die die Rationalitätsdefizite anderer ausnutzen, grundsätzlich Schutz gewähren, fördert ein überraschendes Ergebnis zu Tage: Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten anderer unterfällt im Gros grundrechtlichen Schutzbereichen. Das Grundgesetz kennt keine *generelle* Grundrechtsgrenze für derartiges Handeln. Die Dogmatik der Schutzbereichsbestimmung ist insofern konsequent: Eine Grundrechtsgrenze besteht weder für Einwirkungen auf die äußere Sphäre (durch Zwang und Anreiz), noch für solche auf die innere Sphäre.

Welches Grundrecht es *im Einzelfall* schützt, auf die innere Sphäre anderer Einfluss zu nehmen, kommt auf den Sachzusammenhang an, in dem der Einfluss steht. Gestalten Anbieter:innen eines Dienstes im wirtschaftlichen Kontext eine Entscheidungsarchitektur und nutzen hierdurch Rationalitätsdefizite aus, ist dies *nicht* als Meinungsäußerung zu sehen. Die Gestaltung enthält zumeist

<sup>723</sup> Dies ist die bahnbrechende Erkenntnis der Verhaltensökonomie, s. oben § 1 A. II. 2.

keine Meinung, kein Element des Dafürhaltens. Jedenfalls aber kennt die Meinungsfreiheit eine spezielle Grenze hinsichtlich des Mittels, mithilfe dessen die Einzelnen ihre Meinung kundtun. Sie umfasst keine Einflüsse, bei denen das Gegenüber nicht mehr kontrollieren kann, wie der Einfluss auf das eigene Denken wirkt. Auf Dark Patterns bezogen bedeutet dies, dass alleine einzelne Dark Patterns, die eine Meinung beinhalten und nicht stark auf den Entscheidungsprozess einwirken, der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) unterfallen.

Anders liegt es bei der beruflichen und allgemeinen Vertragsfreiheit sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit. Diese Freiheitsrechte beschränken auf Schutzbereichsebene nicht, welches Mittel die Grundrechtsträger:innen einsetzen dürfen, um eigene Zwecke zu erreichen. Für die äußere Sphäre machen dies die Entscheidungen des BVerfG zu wirtschaftlicher Macht, also starkem Anreiz, deutlich. Die Berufs- wie die allgemeine Vertragsfreiheit schützen damit, auf den Entscheidungsprozess anderer – auch in bestimmender Weise – Einfluss zu nehmen. Insofern fallen die rechtliche und die ökonomische Wertung auseinander: Die klassisch-ökonomische Theorie liefert keinen Grund, Verhaltensweisen zu schützen, die Effizienz vermindern und Marktversagen hervorrufen. Die verhaltensökonomische Perspektive zeigt jedoch, dass die Effizienzbewertung nicht hinreichend klar ist, um die verfassungsrechtliche Bewertung zu überspielen. Für die Verwender:innen von Dark Patterns bedeutet dies, dass sie grundrechtlichen Schutz nach der Berufs- (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) genießen. Ob und in welchen Grenzen der Staat dieses grundrechtlich geschützte Verhalten beschränken darf, gilt es im Folgenden zu ermitteln.

## B. Eingriff durch Unterbindung sowie durch De-Biasing

Maßnahmen, welche verhindern sollen, dass die Verwender:innen die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen, können – da ihr Handeln grundrechtlich geschützt ist<sup>724</sup> – in ihre Grundrechte eingreifen. Entscheidend für die Bewertung ist, wie der Staat gegen derartige Entscheidungsarchitekturen vorgeht – er kann sein Ziel direkt durch Unterbindung (unten I.) wie indirekt durch De-Biasing (unten II.) erreichen.<sup>725</sup>

### I. Direkt durch Unterbindung

Maßnahmen, die dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten Einhalt gebieten, können sich an die Verwender:innen selbst richten – diese insoweit direkt betreffen. Hierunter fallen etwa Verbote oder Vorgaben dazu, wie Entschei-

<sup>724</sup> S. oben § 4 A. II.

<sup>725</sup> S. im Detail zu möglichen Maßnahmen unten § 6 C. II.

dungsarchitekturen zu gestalten sind.<sup>726</sup> Derartige normative Vorgaben setzen imperativ Handlungsgrenzen. Sie stellen (unmittelbare) klassische Eingriffe in die Grundrechte der Verwender:innen dar.<sup>727</sup>

Daneben stehen Maßnahmen, die (unmittelbar) an die Verwender:innen gerichtet sind, jedoch nicht imperativ wirken – etwa dispositive rechtliche Vorgaben zur Gestaltung von Abo-Modellen oder lediglich empfohlene oder mit gewissen Anreizen verbundene Gestaltungsvarianten von Einwilligungserklärungen. Sie stellen Eingriffe nach dem modernen Eingriffsbegriff dar. Denn sie erschweren grundrechtlich geschütztes Verhalten.<sup>728</sup>

## II. Indirekt durch De-Biasing

Anders liegt es, wenn eine Maßnahme direkt gegenüber den Einzelnen (etwa Konsument:innen) wirkt, um deren Empfänglichkeit für Dark Patterns zu reduzieren. Zu denken ist etwa an eine großflächige Aufklärungskampagne der Verbraucherschutzministerien gegen Dark Patterns.

Betreibt der Staat De-Biasing bei Betroffenen, adressiert dies Verwender:innen von Dark Patterns nicht direkt. Eine derartige staatliche Maßnahme kann jedoch auf Seite der Unternehmen zu weniger Geschäftsabschlüssen oder weniger Einwilligungen in Datenverarbeitungen und damit zu Gewinneinbußen führen. Der Staat macht die Verwender:innen von Dark Patterns so zu indirekt Betroffenen seiner De-Biasing-Maßnahme. In diesem Fall ist zu klären, ob derartige Maßnahmen zu einem mittelbar-faktischen Eingriff in die (Berufs-)Freiheit derer führen, die von Entscheidungsschwächen anderer profitieren.

Auf den ersten Blick mag dieser Gedanke überraschen. Doch legt ein Vergleich mit behördlicher Warnung und Information ebendies nahe: An Konsument:innen gerichtete Warnung und Information stellen einen (mittelbaren) Eingriff für die Unternehmen dar, welche die staatlich beeinflussten Konsument:innenentscheidungen nachteilig berühren (unten 1.). Diese Wertung könnte auch für De-Biasing-Maßnahmen gelten (unten 2.). Denn alle drei Einflüsse auf Konsument:innen – Information, Warnung und De-Biasing – wirken sich ähnlich nachteilig auf Unternehmen aus.

---

<sup>726</sup> S. hierzu unten § 6 C. II. 2., 3.

<sup>727</sup> Zum Eingriffsbegriff s. oben § 2 C. I. Nur scheinbar anders sieht dies BVerfGE 142, 268 (296, Rn. 85) – Bestellerprinzip; BVerfGE 134, 204 (223, Rn. 68) – Übersetzungshonorare: „Insoweit handelt es sich nicht um einseitige Eingriffe des Staates in die Freiheitsausübung Privater, sondern um einen Ausgleich, bei dem die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen ist“. Eben dieser Ausgleich ist erforderlich, weil beiderseits (potenzielle) Grundrechtseingriffe in Rede stehen.

<sup>728</sup> Aufgrund der verhaltensökonomischen Wirkung, s. oben Erster Teil, Fn. 125, wie auch der „Abbedingungslast“ dispositiven Rechts, *Tobisch*, Dispositives Recht, 2021, S. 300 ff.; etwas anders *Wolff*, RW 6 (2015), 194 (214), die auf „faktischen Handlungszwang“ rekurriert.

### 1. Staatliche Information als Grundrechtseingriffe für indirekt Betroffene

Sachlich richtige, an sich neutrale staatliche Information stellt einen (mittelbaren) Grundrechtseingriff dar, wenn sie „direkt auf die Marktbedingungen konkret individualisierter Unternehmen“<sup>729</sup> zielt. Denn Information vermag es, „die Markt- und Wettbewerbssituation zum wirtschaftlichen Nachteil der betroffenen Unternehmen [zu] verändern[n]“<sup>730,731</sup>. Mit dieser Feststellung in der *LFGB*-Entscheidung<sup>732</sup> trägt das BVerfG die *Glykol*-Konzeption der Grundrechtsprüfung zu Grabe.<sup>733</sup> In der *Glykol*-Entscheidung führte das BVerfG noch aus, dass „marktbezogene Informationen“<sup>734</sup> nicht in die Berufsfreiheit (indirekt) betroffener Unternehmen eingreifen, soweit sie „inhaltlich zutreffend[...] und unter Beachtung des Gebots der Sachlichkeit sowie mit angemessener Zurückhaltung formuliert“<sup>735</sup> sind.<sup>736</sup> Entscheidend hierfür sei das Ordnungsziel: Derartige Information fördere „Transparenz am Markt und damit dessen Funktionsfähigkeit“<sup>737,738</sup>. Manche haben darin, dass das BVerfG einen Eingriff ablehnte, gar eine dogmatische Kehrtwende gesehen, eine „kopernikanische Wende rückwärts“<sup>739</sup> in die Zeit des klassischen Eingriffs.<sup>740</sup>

Mit der Neubewertung von Information in der *LFGB*-Entscheidung vollzieht das BVerfG einen entscheidenden Perspektivwechsel. In rechtlicher Hinsicht scheint es die Kritik an der *Glykol*-Entscheidung aufzugreifen und sich den eigenen, andernorts angewandten Standards des modernen Eingriffs (wieder<sup>741</sup>) anzunähern. Es nimmt eine auswirkungsorientierte Perspektive ein, wenn auch

<sup>729</sup> BVerfGE 148, 40 (51, Rn. 28) – LFGB.

<sup>730</sup> BVerfGE 148, 40 (50 f., Rn. 25) – LFGB.

<sup>731</sup> Hiernach wäre sicherlich auch die – nach Weinen aufgeschlüsselte – Information des *Glykol*-Falls, BVerfGE 105, 252 (254 f.) – Glykol, als Eingriff einzuordnen gewesen.

<sup>732</sup> BVerfGE 148, 40 (50 ff., Rn. 24 ff.) – LFGB.

<sup>733</sup> Wenn *Gärditz*, LMuR 2020, 62 (63), von „moderat korrigiert“ spricht, greift das klar zu kurz; *Wollenschläger*, JZ 2018, 980 (984). Zudem verhandelt es die Frage, ob (staatliche) Information Art. 12 Abs. 1 GG verletzen kann als Frage des Eingriffs, nicht des Schutzbereichs und gibt damit die Lehre vom „Gewährleistungsgehalt“, vgl. oben Zweiter Teil, Fn. 662, 738, auf.

<sup>734</sup> BVerfGE 105, 252 (268) – Glykol.

<sup>735</sup> BVerfGE 105, 252 (272) – Glykol.

<sup>736</sup> Hierfür *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2705 (2711 ff.); a.A. etwa *Manssen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 12, Rn. 86 ff.

<sup>737</sup> BVerfGE 105, 252 (272) – Glykol.

<sup>738</sup> Hierzu *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), 203 (217 f.); vgl. zur vielfältigen Kritik hieran *Murswiek*, NVwZ 2003, 1 (3 ff.).

<sup>739</sup> *Höfling*, in: Muckel (Hrsg.), Kirche und Religion, 2003, S. 329, 329.

<sup>740</sup> Das BVerfG selbst scheint dies – dogmatisch völlig unklar – als Schutzbereichsfrage zu behandeln, was sich wohl alleine mit *Hoffmann-Riems* Einfluss auf die Entscheidung als Teil der Hinwendung zum sog. „Gewährleistungsgehalt“, verstehen lässt; *Hoffmann-Riem*, in: Bäuerle/Hanebeck/Hausotter et al. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht?, 2003, S. 53, 53 ff.; *ders.*, Der Staat 43 (2004), 203 (216 ff.); hierzu *Murswiek*, Der Staat 45 (2006), 473 (491 ff.); kritisch *Peine*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR III, 2009, § 57, Rn. 47; *Klement*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), STREU III, 2022, § 79, Rn. 28 ff. Hierzu auch oben Zweiter Teil, Fn. 662.

<sup>741</sup> *Murswiek*, Der Staat 45 (2006), 473 (481).

mit starker Betonung der Finalität.<sup>742</sup> Die in der *Glykol*-Entscheidung<sup>743</sup> angelegte Privilegierung von Information als neue Bewirkungsform der Verwaltung revidiert das BVerfG.

Dabei entfernt es sich zugleich von einer Schutzzweck- bzw. Ordnungszielunterlegung der Eingriffsermittlung. Hat es in der *Glykol*-Entscheidung einen starken Bezug auf die „Funktionserfordernisse[...] des Wettbewerbs“<sup>744</sup> hergestellt und insofern Information nicht als Eingriff angesehen, da sie „Transparenz am Markt und damit dessen Funktionsfähigkeit“<sup>745</sup> fördert,<sup>746</sup> entfällt ein solcher Begründungsansatz nun. Geschützt ist nicht mehr das Funktionieren des Markts<sup>747</sup>, sondern die (freie) Tätigkeit der Einzelnen im Markt. Damit definiert das BVerfG die Rolle des Staates bei der Informationsgabe neu. Ausgangspunkt ist nicht mehr – wie in Fällen öffentlicher Unternehmen<sup>748</sup> oder bei der Auftragsvergabe<sup>749</sup> – die Annahme, dass der Staat als Marktakteur auftritt.<sup>750</sup> Die *LFGB*-Entscheidung geht vielmehr davon aus, dass der Staat mittels der Informationsbereitstellung von außen in den Markt eingreift.<sup>751</sup> Mit einem noch breiteren Blick lässt sich hier ein doppelter Wandel im Rollenverständnis diagnostizieren: von der Staatsfreiheit des Meinungsprozesses zur Teilhabe und zurück.<sup>752</sup>

Die Beurteilung von Information in der *LFGB*-Entscheidung fügt sich bruchlos in die Sicht auf die kommunikative Rolle des Staates in anderen Bereichen ein, etwa der Öffentlichkeitsarbeit oder Meinungsäußerung von Regierungs-

<sup>742</sup> *Wollenschläger*, JZ 2018, 980 (984).

<sup>743</sup> *Klement*, Wettbewerbsfreiheit, 2015, S. 331.

<sup>744</sup> BVerfGE 105, 252 (272) – *Glykol*.

<sup>745</sup> BVerfGE 105, 252 (272) – *Glykol*.

<sup>746</sup> Vgl. zur institutsökonomischen Einordnung *Klement*, Wettbewerbsfreiheit, 2015, S. 330 ff.

<sup>747</sup> In diese Richtung *Murswiek*, Der Staat 45 (2006), 473 (494), der das Urteil so versteht, dass „gar ökonomische Bedingungen eines optimalen Markts den Gewährleistungsgehalt von Art. 12 GG begrenzen“.

<sup>748</sup> Kein Eingriff: *Kämmerer*, in: Münch/Kunig/Kämmerer et al. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 12, Rn. 102 f.: „systemimmanente Verschärfung des Konkurrenzdrucks“; a. A. *Cremer*, DÖV 2003, 921 (925 ff.).

<sup>749</sup> Kein Eingriff: *Kämmerer*, in: Münch/Kunig/Kämmerer et al. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 12, Rn. 103. Vgl. auch BVerfGE 116, 135 (152) – öffentliche Aufträge; ähnlich *Manssen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 12, Rn. 102; so auch *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, 1988, S. 336; a. A. *Puhl*, in: Dreier/Pauly/Pernice et al. (Hrsg.), VVDStRL 60, 2001, S. 456, 482 f.; *Brüning*, JZ 2009, 29 (30 f.).

<sup>750</sup> *Klement*, Wettbewerbsfreiheit, 2015, S. 331, geht noch weiter, wenn er davon spricht, dass der Staat „zu einem einfachen Akteur im gesellschaftlichen Diskurs“ („herabgestuft“) wird.

<sup>751</sup> Naheliegende Parallele sind insofern staatliche Subventionen, die das „Wettbewerbsgeschehen modifizier[en]“, *Kämmerer*, in: Münch/Kunig/Kämmerer et al. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 12, Rn. 105; s. auch *Manssen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 12, Rn. 100. A. A. etwa *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2705 (2711).

<sup>752</sup> Vgl. zu dem ersten Schritt dieser Entwicklung *Mast*, Staatsinformationsqualität, 2020, S. 54.

mitgliedern. Hier sieht das BVerfG kommunikative Akte als von außen kommend – so geht es in den *Öffentlichkeitsarbeit*-Entscheidungen davon aus, dass staatliche Kommunikation „auf die Meinungs- und Willensbildung des Wählers [wirkt]“<sup>753</sup>, ja sogar eine „kommunikative[...] Einwirkung“<sup>754</sup> vorliegt.<sup>755</sup>

Der Schwenk, den das BVerfG in der *LFGB*-Entscheidung vollzieht, ist nicht nur aus freiheitsrechtlicher Perspektive überzeugend. Er steht in (informations-) ökonomischer Hinsicht auf einem tragfähigen Fundament. Denn nach den Konzepten der Informationsökonomie<sup>756</sup> stellt in den Markt gegebene Information eine Kostenersparnis dar. Verbraucher:innen und Konkurrent:innen müssen diese nicht mehr selbst beschaffen (sog. Screening) bzw. bereitstellen (sog. Signaling).<sup>757</sup> Such- und Vergleichskosten sinken.<sup>758</sup> Insofern stellt eine Informationsbereitstellung ökonomisch betrachtet eine Subvention dar. Subventionen wiederum greifen aus ökonomischer Sicht von außen in den freien Markt ein und sind daher unzulässig oder zumindest rechtfertigungsbedürftig.

## 2. Staatliches De-Biasing als Grundrechtseingriff für indirekt Betroffene

Das entscheidende Argument der *LFGB*-Rechtsprechungslinie dafür, dass staatlich Information und Warnung in Grundrechte eingreifen, ist eine (im Vergleich zur *Glykol*-Entscheidung) auswirkungsorientierte Perspektive, wenn auch mit starker Betonung der Finalität. Sieht man verhaltensökonomisch informierte Steuerung durch die Verwaltung als die auf Information folgende, neue Bewirkungsform an, ist eine Privilegierung folgerichtig von vorneherein auszuschließen. Dies fügt sich darin ein, dass das BVerfG die Ordnungsziel-erwägung aufgegeben hat: Wo die Wirkung von Information (nun) einen Eingriff in die Grundrechte mittelbar betroffener Unternehmen darstellt, die „Funktionserfordernisse[...] des Wettbewerbs“<sup>759</sup> also kein Argument mehr sind, sollte Gleiches für Maßnahmen gelten, die Rationalitätsdefizite aufheben. Dies entspricht der Rolle des Staates, wie sie in der *LFGB*-Entscheidung zum Ausdruck kommt: Der Staat ist nicht Marktakteur, sondern greift von außen in den Markt ein.

<sup>753</sup> *BVerfG*, NJW 2020, 2096 (2097, Rn. 47) – Seehofer, st. Rspr.

<sup>754</sup> *BVerfG*, NJW 2020, 2096 (2100, Rn. 65) – Seehofer.

<sup>755</sup> Vgl. hierzu auch BVerfGE 44, 125 (140 f., 152) – *Öffentlichkeitsarbeit*; zuletzt *BVerfG*, NJW 2020, 2096 (2097 f., Rn. 47, 50) – Seehofer.

<sup>756</sup> Vgl. etwa *Stiglitz*, *Information Economics*, 2017, S. 4 ff.; Überblick der Entwicklung *ders.*, Q. J. Econ. 115 (2000), 1441 (1443 ff.); aus Sicht des Marktversagens *Fritsch*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 2018, S. 249 ff.

<sup>757</sup> *Fritsch*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 2018, S. 264 ff.; vgl. *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 417 ff.

<sup>758</sup> Vgl. *Stigler*, J. Pol. Econ. 69 (1961), 213 (213 ff.); *Grether/Schwartz et al.*, S. Cal. L. Rev. 56 (1986), 277 (283, 288); *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 409 ff., 425 ff.

<sup>759</sup> BVerfGE 105, 252 (272) – *Glykol*.

De-Biasing nicht zu privilegieren, deckt sich mit der ökonomischen Beurteilung. Zwar liegt ein De-Biasing nicht ganz parallel zum Abbau von Informationsasymmetrien. Denn fehlende Rationalität entspricht nicht fehlender Information: Rationalität lässt sich nicht wie Information beschaffen. Doch gleichen De-Biasing-Maßnahmen ebenfalls ein Marktversagen aus – ein behavioristisches Marktversagen. Stets ziehen Anbieter:innen aus einem Marktversagen einen Vorteil, den der Staat ihnen durch seine Maßnahmen nimmt.

Gleichzeitig kommt hier der Frage nach der Finalität eine große Bedeutung zu. Grundsätzlich ist diese für Eingriffe nicht erforderlich.<sup>760</sup> Liegt Finalität vor, indiziert dies jedoch einen Eingriff. Entsprechend ist hier davon auszugehen, dass ein Eingriff vorliegt, wenn der Staat De-Biasing-Maßnahmen gerade mit Blick auf gewisse Geschäftspraktiken durchführt. Andernfalls kommt es auf die Einwirkungen im Einzelfall an.

Polemisch ließe sich sagen: So wie das Grundgesetz den Unternehmen mit Blick auf Information und Warnung mittelbar ein Recht auf Unwissenheit ihrer Konsument:innen zugesteht, kommt ihnen hier ein Recht auf ‚Dummheit‘ zu. Dies ist der Preis der liberalen Freiheitskonzeption, bei der sich auf Ebene der Schutzbereiche und Eingriffe allzu oft zwei Freiheiten in einem Spannungsverhältnis gegenüberstehen.

### III. Ergebnis

Der Staat kann grundsätzlich auf zwei Arten in die grundrechtlich geschützte Freiheit der Einzelnen, Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber auszunutzen, eingreifen. Einerseits, indem er diese Freiheit unmittelbar verkürzt, insbesondere durch Verbote gegenüber den Verwender:innen von Dark Patterns. Andererseits mittelbar, indem er De-Biasing der Betroffenen betreibt, etwa durch Aufklärungskampagnen. Dies entspricht der Situation bei staatlicher Information und Warnung – hinsichtlich derer das BVerfG in seiner *LFGB*-Entscheidung einen doppelten Wandel im Rollenverständnis des Staates vollzogen hat: von der Staatsfreiheit des Wirtschaftsprozesses zur Teilhabe und zurück.

### C. Rechtfertigung

Die Erkenntnis, dass das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten grundrechtlichen Schutz genießt sowie dass staatliche Maßnahmen, die solches Verhalten zu unterbinden trachten, in eben diese Freiheit eingreifen, sagt eines nicht im Geringsten aus: Dass sich derartige Eingriffe nicht rechtfertigen ließen. Staatliche Maßnahmen gegen Dark Patterns sind vielmehr grundsätzlich rechtfertigbar. Eingriffe in die Meinungs- wie Vertragsfreiheit sind gerechtfertigt, wenn sie

---

<sup>760</sup> S. oben § 2 C. III. 3.

die Vorgaben der formellen<sup>761</sup> und materiellen Verfassungsmäßigkeit beachten.<sup>762</sup> Im Zentrum der Betrachtung sollen hier die materiellen Vorgaben stehen, mithin die besonderen Rechtfertigungsvoraussetzungen der betroffenen Grundrechte (unten I.) sowie die Verhältnismäßigkeit an sich (unten II.). Nur sie weisen Besonderheiten für den Umgang mit Rationalitätsdefiziten auf.<sup>763</sup>

### I. Besondere Voraussetzungen einzelner Grundrechte

Je nachdem, welches Grundrecht eine staatliche Maßnahme auf Seite der Verwender:innen betrifft, treten zu der allgemeinen Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit<sup>764</sup> grundrechtsspezifische Besonderheiten hinzu (unten 1.–3.).<sup>765</sup>

#### 1. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 2 GG)

Sieht man das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten bzw. das Einwirken auf den Entscheidungsprozess im Einzelfall als von der Meinungsfreiheit gedeckt an, kommt eine spezielle Schrankenregelung zur Geltung. Staatliche Vorgaben dazu, wie Einzelne die Rationalitätsdefizite anderer ausnutzen dürfen, müssen „allgemeine Gesetze“ (Art. 5 Abs. 2 GG) darstellen. Umfasst sind alle Gesetze, die sich nicht dagegen richten, dass die Einzelnen eine bestimmte Meinung äußern (unten a)).<sup>766</sup> Vielmehr müssen sie, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, ein zu schützendes Rechtsgut verteidigen.<sup>767</sup> Das Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann.<sup>768</sup> Mithin ist im Rahmen der Meinungsfreiheit besonders bedeutend, das legitime (konkrete) Schutzziel<sup>769</sup> eines Eingriffs zu bestimmen (unten b)).

<sup>761</sup> In formeller Hinsicht gilt dabei vor allem, dass die Grundrechte gerade keine unmittelbare Drittwirkung entfalten – vielmehr besteht, soweit der Schutzakt wiederum einen Eingriff bei den Verwender:innen/Störer:innen hervorruft, der Bedarf der Normierung als Ausfluss des Vorbehalts des Gesetzes; s. oben § 2 D. III. 2.

<sup>762</sup> Grds. zu diesen Voraussetzungen bereits oben § 2 D. IV. 1.

<sup>763</sup> Wobei hier die absoluten Grenzen der Menschenwürde und des Wesentlichkeitsvorbehalts (s. hierzu oben § 2 D. III. 1., 2.) keine Rolle spielen – so steht etwa das Verbot, Rationalitätsdefizite auszunutzen, nicht in der Gefahr, die Menschenwürde der Verwender:innen zu berühren oder deren Vertragsfreiheit in ihrem Wesenskern anzutasten.

<sup>764</sup> S. unten § 4 C. II.

<sup>765</sup> Diese haben zugleich bei der grds. Bewertung des Mittels keine besondere Bedeutung und sollen deswegen, um den Rahmen der Untersuchung nicht zu sprengen, nur kurz beleuchtet werden.

<sup>766</sup> BVerfGE 124, 300 (321 f.) – Wunsiedel, m. w. N., st. Rspr., zuerst BVerfGE 7, 198 (209) – Lüth; vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 142.

<sup>767</sup> BVerfGE 124, 300 (321 f.) – Wunsiedel, m. w. N., st. Rspr., zuerst BVerfGE 7, 198 (209) – Lüth.

<sup>768</sup> BVerfGE 124, 300 (322) – Wunsiedel, m. w. N., st. Rspr.

<sup>769</sup> S. oben § 2 D. IV. 1. a) zur Begrifflichkeit.

a) *Nicht gegen bestimmte Meinung gerichtet*

Regelungen, die es untersagen, die Rationalitätsdefizite anderer auszunutzen, richten sich nicht gegen einen Meinungsinhalt, sondern gegen eine Art, in der die Grundrechtsträger:innen ihre Meinung mitteilen und damit auf andere einwirken.<sup>770</sup> Selbst möchte man Entscheidungsgestaltungen, die Rationalitätsdefizite ausnutzen, stets als mit der Meinung ‚Ich befürworte diese Entscheidung‘ verbunden sehen, wäre die Regelung allgemein, da sie nicht gegen diese Meinung gerichtet ist.<sup>771</sup> Eine Regelung, die etwa Re-Biasing untersagt, hat keinen Bezug zu dem Gegenstand, auf den sich das Re-Biasing bezieht. So würde eine gesetzliche Regelung nicht nur Voreinstellung für Datenverarbeitung auf den Webseiten von Umweltschutzorganisationen untersagen – sondern für alle Webseiten des Internets. Sie wäre mithin meinungsneutral.

b) *Legitimes Schutzziel*

Der Staat verfolgt ein legitimes Schutzziel, wenn er die Entscheidungsautonomie schützt. So wie der Staat Rechtsgüter in der Sphäre der Äußerlichkeit vor Bedrohungen durch die Meinungsfreiheit schützen darf, gilt dies für Rechtsgüter in der *Sphäre der Innerlichkeit*. Die Prozessautonomie ist dabei ein Rechtsgut, das der Staat ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützen hat – der Schutz der inneren Sphäre ist, anders gesprochen, vereinbar mit der Freiheit, in die der Staat eingreift.<sup>772</sup>

Die *Wunsiedel*-Entscheidung des BVerfG scheint dies gleichwohl anders zu sehen und den Schutz der Entscheidungsautonomie auszuschließen. Das Gericht stellt fest, dass der Staat nicht darauf zielen dürfe, „Schutzmaßnahmen gegenüber rein geistig bleibenden Wirkungen von bestimmten Meinungsäußerungen zu treffen“<sup>773</sup>. Vielmehr sei er „rechtsstaatlich begrenzt auf Eingriffe zum Schutz von Rechtsgütern in der Sphäre der Äußerlichkeit“<sup>774</sup>.

Doch kommt in dieser pauschalen Aussage des BVerfG eine fehlende Ausdifferenzierung der inneren Sphäre zum Ausdruck. Nicht alles, was auf den Entscheidungsprozess einwirkt, ist ein hinzunehmender Einfluss auf die ‚Sphäre der Innerlichkeit‘. Es gilt vielmehr, den Meinungsinhalt vom Mittel der Kommunikation zu trennen. Das BVerfG übersieht dies, wenn es „Appelle[...] zum Rechtsbruch“<sup>775</sup> und „aggressive[...] Emotionalisierungen“<sup>776</sup> in einem Atemzug als Beispiele für Einwirkungen darstellt, die über die „Überzeugungsbildung

<sup>770</sup> Vgl. etwa BVerfGE 102, 347 (360) – Benetton I, zu § 1 Abs. 1 UWG als allgemeines Gesetz.

<sup>771</sup> Vgl. BVerfGE 124, 300 (322) – Wunsiedel.

<sup>772</sup> BVerfGE 124, 300 (322) – Wunsiedel.

<sup>773</sup> BVerfGE 124, 300 (332) – Wunsiedel.

<sup>774</sup> BVerfGE 124, 300 (333) – Wunsiedel.

<sup>775</sup> BVerfGE 124, 300 (332) – Wunsiedel.

<sup>776</sup> BVerfGE 124, 300 (332) – Wunsiedel.

hinaus mittelbar auf Realwirkungen angelegt sind“<sup>777</sup>. Die Aufforderung zum Rechtsbruch ist ein Meinungsinhalt – Appelle und aggressive Emotionalisierungen sind Mittel seiner Verbreitung.<sup>778</sup> Diese Mittel wiederum können „rechtsgutgefährdende Folgen“<sup>779</sup> im äußeren Bereich, wie ausgeübte Tätlichkeiten, *und* im inneren Bereich, wie die Unterminierung der inneren Autonomie, haben.

Eine hinreichende Rechtsgutsgefährdung für das Innere besteht dann, wenn die Gefahrenabwehr hinsichtlich einer geäußerten Meinung nicht „der freien geistigen Auseinandersetzung der verschiedenen gesellschaftlichen Strömungen untereinander anvertraut“<sup>780</sup> werden kann. Dies ist bei Einwirkungsformen der Fall, welche die Autonomie unterminieren. Die Gefährdung ‚innerer Rechtsgüter‘ kommt insofern einer unmittelbaren Gefährdung äußerer Rechtsgüter gleich – dass sie dabei unmittelbare äußere Konsequenzen zeitigen muss, ist nicht erforderlich.

Eingriffe zum Schutz vor dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten dienen so in legitimer Weise Rechtsgütern in der *Sphäre der Innerlichkeit*. Sie passen sich mithin in die meinungsfreiheitsspezifischen Schrankenregelungen ein.

## 2. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG)

Ist die Berufsfreiheit einschlägig, gilt es zu ermitteln, welche besonderen Rechtfertigungsanforderungen an einen Eingriff zu stellen sind. Dies richtet sich nach der Eingriffstiefe, die auf einer Skala von Ausübungsregelungen über subjektive Zulassungsvoraussetzungen bis hin zu objektiven Zulassungsbeschränkungen zu bestimmen ist.<sup>781</sup> Zwar knüpft das BVerfG nicht mehr starr an diese Dreiteilung an, sondern betrachtet Maßnahmen stärker auswirkungsorientiert.<sup>782</sup> Gleichwohl ermöglichen die der Dreiteilung zugrundeliegenden Erwägungen es, Eingriffe nach ihrer Bedeutung für die Berufsfreiheit einzuordnen.<sup>783</sup>

Maßnahmen, welche das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten regeln, betreffen nicht den Zugang zu einem Beruf, sondern nur dessen Ausübung. Sie entsprechen Werbebeschränkungen<sup>784</sup> oder Informationen/Warnungen<sup>785</sup>. Der-

<sup>777</sup> BVerfGE 124, 300 (332) – Wunsiedel.

<sup>778</sup> Deutlicher wird dies bei der folgenden Erwähnung, wo das BVerfG nur noch von „Außenwirkungen von Meinungsäußerungen etwa durch Appelle oder Emotionalisierungen, die bei den Angesprochenen Handlungsbereitschaft auslösen oder Hemmschwellen herabsetzen oder Dritte unmittelbar einschüchtern“, BVerfGE 124, 300 (335) – Wunsiedel, spricht. Hier differenziert es klar zwischen den Mitteln und dem Inhalt der Meinungsäußerung.

<sup>779</sup> BVerfGE 124, 300 (332) – Wunsiedel.

<sup>780</sup> BVerfGE 124, 300 (333) – Wunsiedel.

<sup>781</sup> *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 12, Rn. 92.

<sup>782</sup> *Manssen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2018, Art. 12, Rn. 141.

<sup>783</sup> Etwa BVerfGE 142, 268 (296 f.) – Bestellerprinzip; deutlich auch in BVerfGE 126, 112 (137 ff.) – Privater Rettungsdienst.

<sup>784</sup> BVerfGE 9, 213 (221) – Heilmittelwerbeverordnung.

<sup>785</sup> Nicht ausdrücklich, jd. implizit BVerfGE 148, 40 (50 ff., Rn. 25 ff.) – LFGB: „Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern“.

artige Berufsausübungsregelungen sind nach allgemeinen Grundsätzen rechtfertigbar. Sie sind – als vergleichsweise milde Eingriffe in die Berufsfreiheit – bereits dann zulässig, wenn vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls die Regelung zweckmäßig erscheinen lassen.<sup>786</sup> Begrenzt der Staat das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten, bedeutet dies, dass bereits „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“<sup>787</sup> einen solchen Eingriff zu rechtfertigen geeignet sind. Der Schutz der freien, unbeeinflussten Entscheidung – mithin der inneren Sphäre – zählt jedenfalls hierunter, gleich im Kontext welchen spezifischen Grundrechts sich die beeinflusste Entscheidung bewegt.

### 3. Allgemeine Handlungsfreiheit, inklusive Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Schließlich kennt die allgemeine Handlungsfreiheit und damit die Vertragsfreiheit eine in Art. 2 Abs. 1 GG enthaltene Schrankentrias. Praktisch relevant ist alleine die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung, in der die anderen beiden Schranken aufgehen.<sup>788</sup> Unter die verfassungsmäßige Ordnung fällt jede formell und materiell verfassungskonforme Norm und damit jeder denkbare legitime Schutzzweck. Gerade das Ziel, die Einzelnen vor Fremdbestimmung zu schützen, ist dabei ein anerkanntes Schutzziel.<sup>789</sup> Maßnahmen, die dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten begegnen sollen, müssen so in einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung bestehen.

## II. Verhältnismäßigkeit

Schließlich unterliegen Eingriffe in die Rechte der Verwender:innen etwa von Dark Patterns – in materieller Hinsicht – dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Entscheidend ist aus Sicht der Verwender:innen, dass der Eingriff in ihr Grundrecht ein legitimes Ziel verfolgt sowie geeignet, erforderlich und angemessen ist, dieses zu erreichen.<sup>790</sup> Der legitime Zweck wiederum ist hier der Schutz Dritter.<sup>791</sup> Schutzziel ist die Prozessautonomie als innere Seite *des jeweils betroffenen* Grundrechts der Gegenüber – bei Dark Patterns insbesondere die innere Sphäre der informationellen Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie der allgemeinen Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

In Konstellationen, in denen der Staat in Grundrechte eingreift, um eine Schutzpflicht auszuüben – etwa wie hier, um Nutzer:innen vor Dark Patterns

<sup>786</sup> Vgl. etwa BVerfGE 126, 112 (142) – Privater Rettungsdienst.

<sup>787</sup> BVerfGE 126, 112 (142) – Privater Rettungsdienst.

<sup>788</sup> *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 39. Erg.-Lfg. (Jul 2001), Art. 2 Abs. 1, Rn. 44 ff.

<sup>789</sup> BVerfGE 103, 89 (101) – Unterhaltsverzichtsvertrag.

<sup>790</sup> BVerfGE, NJW 2019, 3054 (3054, Rn. 59 ff.) – Mietpreisbremse; BVerfGE 134, 204 (223 ff., Rn. 68 ff.; insbes. 225 ff., Rn. 73 ff.) – Übersetzungshonorare, st. Rspr.

<sup>791</sup> S. zur diesbezüglichen Schutzberechtigung oben Zweiter Teil, Fn. 459.

zu schützen – stehen sich damit verschiedene Grundrechtspositionen gegenüber, die in praktische Konkordanz zu bringen sind. Damit verlegen sich die wesentlichen Wertungen zur Beurteilung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit auf die Konkordanzprüfung. Hierauf geht der Dritte Teil der Arbeit ein.

### III. Ergebnis

Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Freiheit, Rationalitätsdefizite anderer auszunutzen, lassen sich nach allgemeinen Maßstäben rechtfertigen. Dies bedeutet, dass auch staatliche Vorschriften, die sich Dark Patterns in den Weg stellen sollen, rechtfertigbar sind.

Im Einzelnen sind zunächst die spezifischen Vorgaben der Grundrechte zu beachten, in die der Eingriff erfolgt. So kann nur ein allgemeines Gesetz die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) einschränken. Dies ist jedoch bei einer Maßnahme unproblematisch, die sich auf das Mittel der Äußerung der Meinung bezieht. Denn eine solche Maßnahme richtet sich gerade nicht gegen den Meinungsinhalt. Zudem schützt sie ein schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützendes Rechtsgut: die Prozessautonomie als innere Seite des jeweils betroffenen Grundrechts der Gegenüber.

Regelmäßig jedoch greift eine Regelung, die Dark Patterns verhindern soll, nicht in die Meinungs- sondern in die Berufs- (Art. 12 Abs. 1 GG) oder allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) ein. Sie verkürzt die berufsbezogene oder allgemeine Vertragsfreiheit. Um dies zu rechtfertigen, genügen vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls. Diese bestehen im Schutz der inneren Sphäre der Gegenseite, allgemeiner gesprochen: im Schutz der Selbstbestimmung vor Fremdbestimmung. Gerade darauf zielen Maßnahmen, die – durch Ver- oder Gebote ebenso wie durch De-Biasing – Dark Patterns begrenzen und damit Entscheidungsautonomie fördern wollen.

Greift der Staat wie hier ein, um sich gegenüberstehende Grundrechtspositionen in einen Ausgleich zu bringen, gebietet das Verfassungsrecht im Wege der praktischen Konkordanz – die Verhältnismäßigkeitserwägungen in sich aufnimmt – nachzuvollziehen, ob der Gesetzgeber einen angemessenen Ausgleich geschaffen hat.

### D. Zusammenschau des § 4

Die Erkenntnis, dass der Staat verpflichtet ist, die innere Sphäre der Grundrechtsträger:innen zu schützen, bildet nur eine Seite der grundrechtlichen Bewertung. Auf der anderen Seite stehen diejenigen, die durch ihr Handeln die Rationalitätsdefizite anderer ausnutzen. Ihre grundrechtliche Stellung hat bisher in der rechtswissenschaftlichen Forschung keine Aufmerksamkeit erfahren.

Betrachtet man die Verwender:innen von Dark Patterns aus grundrechtlicher Perspektive, fördert dies erstaunliches zu Tage: Es zeigt sich, dass Entscheidungsarchitekt:innen grundrechtlichen Schutz für ihr Handeln genießen. Alleine der Umstand, dass sie auf scheinbar verwerfliche Art den Entscheidungsprozess anderer lenken, lässt grundrechtlichen Schutz nicht entfallen. Es besteht weder eine Gemeinwohlklausel noch greifen das Gewalt- bzw. Fremdbestimmungsverbot als schutzbereichseinschränkende Ansätze. Alleine die Meinungsfreiheit – die zumeist für Dark Patterns nicht einschlägig ist –, schließt solche Einflüsse von ihrem Schutz aus, bei denen die Gegenüber nicht mehr kontrollieren können, wie ein Einfluss auf das eigene Denken wirkt. Grundrechtlichen Schutz erfahren Entscheidungsarchitekt:innen so allen voran über die Vertragsfreiheit, welche die Berufs- (Art. 12 Abs. 1 GG) und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) gewähren.

Schutzmaßnahmen für die innere Sphäre greifen in die Freiheit der Einzelnen ein, Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber auszunutzen. Insbesondere Verbote gegenüber den Verwender:innen von Dark Patterns stellen einen klassischen Grundrechtseingriff dar. Zudem begründet staatliches De-Biasing der Betroffenen, etwa durch Aufklärungskampagnen, einen mittelbaren faktischen Eingriff in die Grundrechte der Verwender:innen. Diese Eingriffe sind nur dann gerechtfertigt, wenn sie verhältnismäßig sind. Die Grundrechte der Verwender:innen von Dark Patterns sind entsprechend in die verfassungsrechtliche Konkordanzbildung einzustellen. Der folgende Teil der Arbeit vertieft dies.



## Dritter Teil

### Konkordanzbildung mit Blick auf Dark Patterns

Nutzen Private die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber aus, stehen sich – etwa im Fall von Dark Patterns – drei Grundrechtspositionen gegenüber: Das Schutzrecht der Betroffenen auf der einen, das Abwehrrecht der Betroffenen sowie die Freiheit der Verwender:innen auf der anderen Seite. Das Grundgesetz zielt darauf, dass sich derart überlagernde Grundrechtspositionen jeweils weitgehend wirksam werden.<sup>1</sup> Diese grundrechtliche Gemengelage ist im Rahmen einer Ausgleichsfindung, der Konkordanzbildung, aufzulösen. Zugleich spielt sich die Konkordanzbildung im Spannungsverhältnis zwischen der kontrollierenden Tätigkeit der Gerichte sowie der gesetzgebenden Tätigkeit der Legislative ab. In diesem Verhältnis wirken die (rechtskreisbewahrende) Schutzpflicht und das Abwehrrecht auf zweifache Art zusammen: Als Kontrollnorm (unten § 5) sowie als Handlungsnorm (unten § 6).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BVerfGE 152, 152 (185, Rn. 76) – Recht auf Vergessen I, m. w. N.

<sup>2</sup> In der Sache zustimmend *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2018, S. 261 f.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 208 ff.; s. auch *Klein*, JuS 2006, 960 (961); *Möstl*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), StREU III, 2022, § 68, Rn. 12, 34; darstellend, gleichzeitig kritisch bzw. ablehnend *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 186 ff. Das BVerfG scheint dies nicht hinreichend klar zu machen, wenn es die „weitreichende Gestaltungsfreiheit, die dem Gesetzgeber bei der Lösung dieser Aufgabe zusteht“ betont; vgl. BVerfGE 81, 242 (261) – Handelsvertreter. Diese Feststellung ist jd. eine relative – sie gilt nur aus der Binnenperspektive des BVerfG.

## § 5 Kontrollnorm: Untermaß des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte

Eingangs gilt es zu beleuchten, wie genau die Grundrechte die Konkordanzbildung als Kontrollnorm leiten (unten A.). Löst eine Bedrohungslage die grundrechtliche Schutzpflicht und damit die Kontrollnorm aus (unten B.), ist zu ermitteln, welches das erforderliche Mindestschutzmaß ist (unten C.) und ob der bestehende gesetzliche Schutz bzw. die gegenwärtigen Regelungsmodelle zum Schutz der inneren Sphäre dem genügen (unten D.). Für den Schutz vor Dark Patterns ist dies bisher unbeantwortet. Die Analyse bestehender Regelungsansätze öffnet sodann den Raum für eine Kritik des vorherrschenden Regelungsmodells (unten E.).

### A. Konkordanz als Kontrollnorm

Die leistungs- und die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte definieren die Grenze, ab welcher der Gesetzgeber die Schutzpflicht oder das Abwehrrecht verletzt. Insofern sind die Grundrechte Kontrollnorm für staatliches Unterlassen oder Handeln.<sup>3</sup> Weder Freiheitsbeschränkung noch Freiheitsschutz dürfen in der Wechselbeziehung zwischen Schutz- und Abwehrrecht unverhältnismäßig sein.<sup>4</sup> Leistungs- und Abwehrrecht legen so ein Unter- und ein Übermaß fest.<sup>5</sup> Zusammen beschreiben das Unter- und das Übermaß einen *Spielraum*, in dem der Gesetzgeber sich bewegen muss.<sup>6</sup> Dieser Korridor folgt daraus, dass die verfassungsrechtliche Kontrolle durch die Gerichte, allen voran das BVerfG, gegenüber dem Gesetzgeber zurückgenommen ist.<sup>7</sup> Maßgebliche Grundlage der zurückhaltenden verfassungsrechtlichen Prüfungsdichte ist die Gewaltenteilung.<sup>8</sup> Hieraus fließt eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers: Diese bezieht sich sowohl auf die tatsächlichen Gegebenheiten („Prognosespielraum“<sup>9</sup>) als auch auf die normativen Erwägungen bei der Konkordanzbildung („Gestaltungsfreiheit“<sup>10</sup>). Im Rahmen der Kontrollnorm gilt es zu ermitteln,

<sup>3</sup> BVerfGE 88, 203 (254) – Schwangerschaftsabbruch II.

<sup>4</sup> BVerfGE 81, 242 (261) – Handelsvertreter.

<sup>5</sup> Vgl. grds. Krings, Grundrechtliche Schutzansprüche, 2003, S. 297 ff.; Mayer, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, 2005.

<sup>6</sup> BVerfGE 125, 39 (78) – Adventssonntage: „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“; s. auch Michael, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismässigkeit, 2015, S. 42, 53 f.

<sup>7</sup> Böckenförde, Der Staat 42 (2003), 165 (187), spricht insofern von einem „Rahmencharakter der Verfassung“.

<sup>8</sup> BVerfGE 152, 68 (130 f., Rn. 166) – Sanktionen im Sozialrecht, m. w. N.

<sup>9</sup> S. oben § 2 D. IV. 1. b).

<sup>10</sup> BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter. Etwas abweichend BVerfGE 150, 1 (88, Rn. 170 f.) – Zensus II, und BVerfGE 152, 68 (132, Rn. 168) – Sanktionen im Sozialrecht:

wann das Untermaßverbot (und damit die Schutzpflicht) mit Blick darauf verletzt ist, dass Private die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen.<sup>11</sup> Wesentlich ist dabei erstens die Frage, ob eine gesetzliche Schutzregelung notwendig ist.<sup>12</sup> Dies ist der Fall, wenn ein Risiko für ein Grundrecht – hier die innere Sphäre der Grundrechte – besteht. Zweitens ist zu bewerten, ob vorhandene Regelungen in Anbetracht des Risikos ausreichen, das gebotene Schutzmaß zu wahren.<sup>13</sup>

## B. Auslösen der Kontrollnorm

Mit Blick auf das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten, allen voran durch Dark Patterns, ist in einem ersten Schritt zu klären, ob eine gesetzliche Schutzregelung überhaupt notwendig ist. Entscheidend ist also, wann die aus der Schutzpflicht fließende Kontrollnorm auslöst (unten I.). Dies ist für Dark Patterns zu prüfen (unten II.).

### I. Erfordernis hinreichender Gefährdungslage

Allgemein gilt, dass eine tatsächliche Gefahr für das Grundrecht die Schutzpflicht aktiviert.<sup>14</sup> Insofern verlangt das Grundgesetz dem Gesetzgeber eine prognostische Entscheidung ab.<sup>15</sup> Die Frage ist dabei, unter welchen

„Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum“ oder auch „Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum“. Anders *Murswiek*, Risiken der Technik, 1985, S. 111 ff.

<sup>11</sup> Grds. zur Prüfung der Kontrollnorm BVerfGE 157, 30 (114, Rn. 152) – Klimaschutzgesetz; BVerfG, NVwZ 2010, 702 (703) – Schwarze Löcher, st. Rspr. Insofern spricht das BVerfG etwas unspezifisch auch davon, dass der Gesetzgeber gegen Grundrechte als Kontrollnorm verstößt, wenn er seine Schutzpflicht *evident* verletzt hat; vgl. BVerfGE 56, 54 (80) – Fluglärm; zuletzt etwa die Kammerentscheidung BVerfG, NJW 2002, 1638 (1639) – Mobilfunkanlage. Ähnlich *Vofskuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411 (412). Umfassend *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 211 ff.

<sup>12</sup> Soweit sich der Gesetzgeber gegen ein Tätigwerden entscheidet bzw. die Voraussetzungen einer Pflicht zum Tätigwerden (noch) nicht vorliegen, obliegt ihm jedenfalls eine Beobachtungspflicht. „Das gilt unter anderem dann, wenn komplexe Gefährdungslagen zu beurteilen sind, über die verlässliche wissenschaftliche Erkenntnisse noch nicht vorliegen“, BVerfGE 110, 141 (157 f.) – Kampfhunde.

<sup>13</sup> Zu diesem zentralen Ziel des rechtskreisbewahrenden Leistungsrechts *Klein*, NJW 1989, 1633 (1637); vgl. auch BVerfGE 56, 54 (81) – Fluglärm; *Dietlein*, Grundrechtliche Schutzpflichten, 2005, S. 111 f.; *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 39 f. Nur im Einzelfall bestimmt das Untermaßverbot – gleich einer Ermessensreduzierung auf Null – auch das *Wie* der zu treffenden Maßnahme; vgl. BVerfGE 77, 170 (214 f.) – Lagerung chemischer Waffen.

<sup>14</sup> *Baumann*, JZ 1982, 749 (754); *Dietlein*, Grundrechtliche Schutzpflichten, 2005, S. 108, 111 ff.; *Hermes*, Leben und Gesundheit, 1987, S. 236; *Kloepfer*, DVBl 1988, 305 (311); *Krings*, Grundrechtliche Schutzansprüche, 2003, S. 228; in diese Richtung auch *Murswiek*, Risiken der Technik, 1985, S. 140 ff. Vgl. grds. BVerfGE 157, 30 (111 f., Rn. 146) – Klimaschutzgesetz: „in die Zukunft gerichtet“, wobei das Gericht die Gefahr ohne weitere rechtliche Begründung als hinreichend annimmt; ähnlich BVerfGE 49, 89 (141) – Kalkar I.

<sup>15</sup> Dies ist zu unterscheiden von dem Beurteilungs- bzw. Prognosespielraum hinsichtlich

Gegebenheiten der Gesetzgeber verpflichtet ist, tätig zu werden – nicht alleine, unter welchen Bedingungen die Verfassung es ihm erlaubt, einen Sachverhalt (vorsorglich) zu regeln. Denn der Gesetzgeber *darf* zur Gefahrenabwehr bzw. Risikovorsorge bereits bei einer wissenschaftlich ungeklärten Situation tätig werden.<sup>16</sup> Im Lichte des Prognosespielraums, den die Verfassung ihm gewährt, ist er nicht auf einen wissenschaftlich-empirischen Nachweis des realen Gefährdungspotenzials angewiesen.<sup>17</sup> Vielmehr genügt es, dass bei wissenschaftlich ungeklärter Tatsachengrundlage nicht auszuschließen ist, dass eine Situation sich nachteilig auf die Grundrechte auswirkt.<sup>18</sup> Gleichwohl besteht in solchen Fällen einer „hypothetische[n] Gefährdung“<sup>19</sup> keine Pflicht des Staates, die Grundrechte vorsorglich zu schützen.

Eine *Pflicht* dazu, Schutzregelungen zu ergreifen – insbesondere bestehende Regelungen nachzuschärfen<sup>20</sup> – besteht erst dann, wenn ein nicht vernachlässigbares Risiko für ein Grundrecht gegeben ist.<sup>21</sup> Oft ist ein derartiges Risiko evident. Im strafrechtlichen Bereich ist bekannt, dass Private regelmäßig etwa auf Leib und Leben ihrer Mitmenschen übergreifen. Insofern ist das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) konkret gefährdet. Anders liegt es bei weniger direkten und nicht hinlänglich bekannten Sachlagen. Hier löst die Schutzpflicht nach einem risiko-basierten Ansatz aus: Je größer die drohende Schadensschwere, desto geringer die notwendige Wahrscheinlichkeit, dass ein Grundrechtsschaden eintritt.<sup>22</sup> Zu berücksichtigen ist dabei nicht nur der drohende Schaden für die Einzelnen, sondern auch die

---

der „voraussichtlichen Auswirkungen [einer] Regelung“, BVerfGE 150, 1 (89, Rn. 174) – Zensus II, in Antwort auf eine Schutzpflicht; vgl. dazu i. R. d. Geeignetheit oben § 2 D. IV. 1. b).

<sup>16</sup> BVerfGE 128, 1 (39) – Gentechnik; ähnlich BVerfGE 153, 182 (272 f., Rn. 236 ff.) – Suizidhilfe.

<sup>17</sup> BVerfGE 128, 1 (39) – Gentechnik. Vgl. *Klein*, JuS 2006, 960 (963), zu der insofern greifenden „objektiven Beweislast“.

<sup>18</sup> BVerfG, NJW 2002, 1638 (1639) – Mobilfunkanlage.

<sup>19</sup> BVerfG, NJW 2002, 1638 (1639) – Mobilfunkanlage.

<sup>20</sup> Wie das *Ob* zu bewerten ist, kann sich verändern, wenn sich die tatsächlichen Umstände verändern: Ein Schutzniveau, das ursprünglich verfassungskonform war, kann so hinter den zwischenzeitlich gebotenen Schutz zurückfallen; BVerfGE 49, 89 (130 f., 143 f.) – Kalkar I; BVerfGE 56, 54 (78 ff.) – Fluglärm. Dazu *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 40, m. w. N.

<sup>21</sup> Vgl. etwa BVerfG, NJW 2002, 1187 (1188) – Tier- und Artenschutz. Wobei damit nicht gesagt ist, dass es um das Vorliegen einer „polizeirechtlichen Gefahr“ geht; im Gegenteil; vgl. *Dietlein*, Grundrechtliche Schutzpflichten, 2005, S. 108, 113; in diese Richtung jd. *Murswiek*, Risiken der Technik, 1985, S. 281. Es geht hier nicht um die Abschichtung hinzunehmender Gefahren, etwa i. F. e. Restrisikos, vgl. *ebd.*, S. 87, oder gar von „Sozialadäquanz“, vgl. BVerfGE 49, 89 (143) – Kalkar I, sondern um die Handhabbarmachung der grds. Auslösung der gesetzgeberischen Vorsorgepflicht. Das BVerfG hat hier anscheinend keine Maßstäbe entwickelt; vgl. etwa BVerfGE 49, 89 (140 ff.) – Kalkar I, das alleine von einer „Gefahr von Grundrechtsverletzungen“ spricht; vgl. *Schmitz*, Grundrechtliche Schutzpflichten, 2010, S. 114 f.

<sup>22</sup> BVerfG, NVwZ 2010, 702 (703 f.) – Schwarze Löcher; BVerfGE 66, 39 (58) – Nachrüstung; hierzu *Hermes*, Leben und Gesundheit, 1987, S. 236 f.; *Krings*, Grundrechtliche Schutzansprüche, 2003, S. 221 f.

aggregierte Schadensschwere bei einer potenziell großen Anzahl Betroffener.<sup>23</sup> Eine derartige Bewertung ist stets neu vorzunehmen, wenn sich eine Situation verändert oder neue Erkenntnisse vorliegen.<sup>24</sup>

## II. Auslösen mit Blick auf Dark Patterns

Es gilt zu klären, ob das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten die Schutzpflicht für die innere Sphäre auslöst. Mit Blick auf das Phänomen der ‚Dark Patterns‘ ist damit die wesentliche Frage, wie die Eintrittswahrscheinlichkeit und die Schadensschwere für die innere Sphäre der Grundrechte – nach wissenschaftlichen Kriterien – zu bewerten sind. Die verhaltensökonomische Forschung zu Dark Patterns belegt, dass diese in der Lage sind, Rationalitätsdefizite auszunutzen.<sup>25</sup> Dark Patterns sind teilweise sehr effektiv – sie können Zustimmungsraten mehr als verdoppeln.<sup>26</sup> Zudem sind Dark Patterns in der Lage, eine hohe aggregierte Schadensschwere zu erreichen. Insbesondere im Massengeschäft des Internets können sie die Entscheidungsautonomie einer nahezu unüberschaubaren Personenzahl verletzen und hierdurch großen materiellen wie immateriellen Schaden verursachen. Insofern ist eine hinreichende Gefahr für die innere Sphäre vorhanden, um die grundgesetzliche Schutzpflicht auszulösen. Folglich ist der Staat nicht nur grundsätzlich berechtigt, Schutzregelungen gegen Dark Patterns zu erlassen – er muss dies angesichts der konkreten Bedrohungslage vielmehr tun.

## C. Bestimmung des Mindestschutzmaßes für die innere Sphäre der Grundrechte

Lösen Dark Patterns die grundrechtliche Schutzpflicht für die innere Sphäre aus, ist zu ermitteln, ob das Recht auf diese Herausforderung vorbereitet ist und die innere Autonomie hinreichend schützt.<sup>27</sup> Zentrale Frage bei der Prüfung des Untermaßverbots ist, ob der Staat das notwendige Mindestschutzmaß gewährleistet.<sup>28</sup> Um diese Frage beantworten zu können, ist in einem ersten Schritt das generelle Mindestschutzmaß für die innere Sphäre zu bestimmen. Aufbauend auf allgemeinen Erwägungen zum Mindestschutzmaß (unten I.) gilt es, eine

<sup>23</sup> Vgl. *Hermes*, Leben und Gesundheit, 1987, S. 237, 256.

<sup>24</sup> *BVerfG*, NJW 2002, 1638 (1639) – Mobilfunkanlage, m. w. N.

<sup>25</sup> S. oben § 1 A. IV. 2. b).

<sup>26</sup> S. oben § 1 A. IV. 2. c).

<sup>27</sup> Früh hierzu, jd. verhaltenswissenschaftlich noch wenig geschärft, *Wiedemann/Wank*, JZ 2013, 340 (342 ff.).

<sup>28</sup> *BVerfGE* 157, 30 (114, Rn. 152) – Klimaschutzgesetz; wobei das Gericht von „gebotene[m] Schutzziel“ spricht – und das Schutzziel „Klimaneutralität“ bzw. „Erderwärmung auf[...]halten“ nicht herleitet, *ebd.*, 115, Rn. 155. Vgl. auch *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 218 ff., wonach „auf der Ebene der Kontrollnorm das Leitbild der Optimierung durch das Leitbild des Mindestschutzes ersetzt wird“.

Skala des notwendigen Grads der Entscheidungsautonomie zu entwickeln (unten II.).

### I. Allgemeine Erwägungen

Die Grundrechte schützen die innere Sphäre – wie die äußeren Dimensionen der Freiheit – nicht stets nach denselben Maßstäben. So ist die Untergrenze des Schutzes – das Mindestschutzmaß – im Kontext des jeweiligen Grundrechts und dort wiederum angesichts der Situation, in der Betroffene das Grundrecht ausüben, zu ermitteln.<sup>29</sup> Entscheidungen, die sich im Bereich der inneren Sphäre des Grundrechts auf Leben oder der allgemeinen Vertragsfreiheit abspielen, verlangen unterschiedlichen Schutz.<sup>30</sup> Innerhalb des betroffenen Grundrechts ist zu berücksichtigen, welche Bedeutung die Entscheidung im Einzelfall hat und ob ihre Konsequenzen revisibel sind. Kurzum, entscheidend ist die drohende Schadensschwere. Maßgeblich ist mithin eine Autonomie-Skala: Je höher der drohende Schaden, desto mehr Entscheidungsautonomie hat der Gesetzgeber als Mindestschutzmaß sicherzustellen. Dieser Ansatz entspricht der philosophischen Vorstellung der Autonomie: Je wesentlicher die Entscheidung, desto mehr Autonomie erfordert sie, um als authentisch zu gelten.<sup>31</sup> Anhaltspunkte für den jeweils erforderlichen Autonomiegrad lassen sich der Rechtsprechung des BVerfG zur Entscheidungsfreiheit – mithin äußeren Einflüssen auf die Entscheidung – entnehmen. So zeigt sich, dass das BVerfG das Mindestmaß dafür, wie der Gesetzgeber die Einzelnen vor Fremdbestimmung zu schützen hat, relativ zur möglichen Schadensschwere nach einem Selbstbestimmungs-Kontinuum festlegt.<sup>32</sup>

### II. Skala des Grads der Entscheidungsautonomie

Um die Autonomie-Skala handhabbar zu machen, soll im Folgenden das Mindestschutzmaß für die innere Sphäre im unteren (unten 1.), mittleren (unten 2.) und oberen (unten 3.) Bedeutungsbereich herausgearbeitet werden.

#### 1. Unterer Schutzbereich

Am unteren Ende des Kontinuums stehen Entscheidungen mit einer primär ökonomischen Bedeutung für die Einzelnen, gerade im Kontext der Berufs- oder Vertragsfreiheit. Hier legt das BVerfG ein vergleichsweise geringes Schutzmaß

<sup>29</sup> *Hermes*, Leben und Gesundheit, 1987, S. 255 f.

<sup>30</sup> Wie oben dargelegt ist dabei die innere Sphäre verschiedener Grundrechte nicht gleichwertig, § 2 B. III. 2. a).

<sup>31</sup> Vgl. auch *Feinberg*, *Can. J. Phil.* 1 (1971), 105 (105, 118 ff.); in die Richtung eines relativen Maßstabs auch *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung*, 2001, S. 220 ff.

<sup>32</sup> S. hierzu der folgende Abschnitt § 5 C. II.

an: Der Mindestschutz erfordert nach der *Angehörigenbürgerschaft*-Entscheidung alleine, dass der Staat in Fällen „strukturelle[r] Unterlegenheit“<sup>33</sup> bei „ungewöhnlich belastend[en]“<sup>34</sup> Folgen eine typisierte, ausgleichende Regelung zu trifft. Auf eine typisierende Herangehensweise stellt auch die *Handelsvertreter*-Entscheidung ab. Gleichzeitig scheint das BVerfG die Schutzwelle dort etwas niedriger zu legen. So hat der Gesetzgeber, wenn zwischen den Parteien ein „annähernde[s] Kräftegleichgewicht“<sup>35</sup> fehlt, wiederum typisierend „ausgleichend ein[zugreifen]“<sup>36</sup>. Dies ist jedenfalls bei einer „offensichtlichen Fehlentwicklung“<sup>37</sup> am Markt der Fall. Daraus lässt sich ableiten, dass das Mindestschutzmaß in Fällen geringer drohender Schadensschwere es nur gebietet, vor starken Einflüssen auf die Einzelnen (sei es durch Macht oder Anreiz wie durch das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten) typisierenden Schutz zu gewähren.

## 2. Mittlerer Schutzbereich

Im mittleren Bereich bewegen sich Entscheidungen, die gewichtige Grundrechtspositionen betreffen – wie in der *Hohenzollern*-Entscheidung die Ehefreiheit – und damit eine nähere Beziehung zu zentralen Persönlichkeitsaspekten haben. Hier ist die Grenze des Mindestschutzmaßes erreicht, wenn ein Einfluss im Einzelfall „[u]nzumutbar“<sup>38</sup> ist. Dies wiederum ist der Fall, wenn „erheblicher Druck“<sup>39</sup> besteht, der unter Berücksichtigung der Anreizhöhe geeignet ist, die „Entschließungsfreiheit [...] nachhaltig zu beeinflussen“<sup>40</sup>. Bezogen auf die innere Sphäre bedeutet dies, dass der Gesetzgeber für Entscheidungen im mittleren Bereich nachhaltige Einflüsse auf den Entscheidungsprozess – auch im Einzelfall – abzuwenden hat.

## 3. Oberer Schutzbereich

Am oberen Ende des Spektrums finden sich solche Entscheidungen, die zentrale, irreversible Verfügungen betreffen. Dies umfasst etwa den Suizidentschluss, Schwangerschaftsabbrüche und Einwilligungen in Heilbehandlungen<sup>41</sup>. Hier

<sup>33</sup> BVerfGE 89, 214 (232) – Angehörigenbürgerschaft.

<sup>34</sup> BVerfGE 89, 214 (232) – Angehörigenbürgerschaft.

<sup>35</sup> BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter.

<sup>36</sup> BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter; jdfds. soweit „über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird“.

<sup>37</sup> BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter.

<sup>38</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008 (2010) – Ebenbürtigkeitsklausel/Hohenzollern.

<sup>39</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008 (2010) – Ebenbürtigkeitsklausel/Hohenzollern.

<sup>40</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008 (2010) – Ebenbürtigkeitsklausel/Hohenzollern. Hiermit vergleichbar sind auch Fälle, die aus sonstigen Gründen langfristige Folgen für das Leben haben – etwa Lebensversicherungen; vgl. BVerfGE 114, 1 (35) – Lebensversicherung Bestandsübertragung; BVerfGE 114, 73 (90) – Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung.

<sup>41</sup> Vgl. BVerfGE 128, 282 (301) – Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug; s. auch BGHZ 168, 103 (108).

liegt die Messlatte am höchsten: Derartige Entscheidungen müssen „tatsächlich auf einem freien Willen beruh[en]“<sup>42</sup>. Entscheidend dafür, dass etwa ein Suizidentschluss „auf einen autonom gebildeten, freien Willen“<sup>43</sup> zurückgeht, ist, dass die Einzelnen ihre Entscheidung auf der „Grundlage einer realitätsbezogenen, am eigenen Selbstbild ausgerichteten Abwägung des Für und Wider“<sup>44</sup> treffen. Umgekehrt bedeutet dies, dass der Staat nicht nur „Zwang, Drohung oder Täuschung“<sup>45</sup>, sondern Beeinträchtigungen durch „sonstige Formen der Einflussnahme“<sup>46</sup> abwenden muss, „wenn diese geeignet sind, eine reflektierte, abwägende Entscheidung orientiert am eigenen Selbstbild zu verhindern oder wesentlich zu beeinträchtigen“<sup>47</sup>. Im obersten Bedeutungsbereich hat der Staat mithin nahezu vollständige Prozessautonomie zu sichern.

### III. Ergebnis

Der Staat hat Prozessautonomie nach einem Skalenkonzept zu wahren. Welcher Grad an Schutz zu gewähren ist, hängt von dem Kontext der jeweiligen Entscheidung ab. Dies zeigt zugleich auf, dass sich das klassische Diktum des BVerfG, „Selbstbestimmung [dürfe sich nicht] in eine Fremdbestimmung verkehr[en]“<sup>48</sup>, kein absolutes ist. Was (un-)zulässige Fremdbestimmung ist, lässt sich nur im Einzelfall mit Blick auf die konkret drohende Schadensschwere bestimmen.

#### D. Erreichen des Mindestschutzmaßes in einzelnen Regelungsbereichen

Auf Grundlage der vorangegangenen Maßstabsbildung ist es möglich, abzuklären, ob das Recht gegenwärtig ein Regelungsmodell verfolgt, das das jeweils gebotene Mindestschutzmaß für die innere Sphäre einhält. So gilt es, bestehende Regelungen daraufhin zu prüfen, ob sie dem Untermaßverbot genügen und private Internetnutzer:innen hinreichend davor schützen, dass Anbieter:innen deren Rationalitätsdefizite durch Dark Patterns ausnutzen.

Dabei scheint im einfachen Recht auf den ersten Blick überhaupt keine Vorschrift zu bestehen, die vor Dark Patterns schützt. Anders als bei dem Schutz vor Täuschung (§ 123 Abs. 1 BGB) enthält das Recht gegenwärtig keine Bestimmung, die es explizit untersagt, Rationalitätsdefizite auszunutzen. Dies bedeutet gleich-

<sup>42</sup> BVerfGE 153, 182 (271, Rn. 232) – Suizidhilfe.

<sup>43</sup> BVerfGE 153, 182 (273, Rn. 240) – Suizidhilfe.

<sup>44</sup> BVerfGE 153, 182 (273, Rn. 240) – Suizidhilfe.

<sup>45</sup> BVerfGE 153, 182 (275, Rn. 247) – Suizidhilfe.

<sup>46</sup> BVerfGE 153, 182 (275, Rn. 247) – Suizidhilfe.

<sup>47</sup> BVerfGE 153, 182 (275, Rn. 247) – Suizidhilfe.

<sup>48</sup> BVerfGE 114, 1 (22, 34) – Lebensversicherung Bestandsübertragung; BVerfGE 114, 73 (90) – Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung; *BVerfG*, JZ 2007, 576 (577) – Versicherungsdatenschutz I; Ähnlich bereits in BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter.

wohl nicht, dass es an einem entsprechenden Schutz fehlt. Vielmehr kann sich dieser aus weniger direkt formulierten Tatbeständen ergeben.

Genauer zu untersuchen sind die Rechtsgebiete, in denen Dark Patterns potenziell eine große Bedeutung haben: das Datenschutzrecht (unten I.), das Wettbewerbsrecht (unten II.) sowie das allgemeine Vertragsrecht (unten III.). Ein Exkurs zu den neuen Gesetzen über digitale Dienste (DSA) und über digitale Märkte (DMA) rundet die Umschau ab (unten IV.). Bei der Analyse einzelner rechtlicher Regelungen stellt sich dabei das Problem, dass diese vielfach unionsrechtlich geprägt (etwa durch die UGP-RL oder die e-Privacy-RL) oder gar unmittelbar durch Unionsrecht vorgegeben sind (etwa die DSGVO). Hier bildet nationales Verfassungsrecht freilich nur einen eingeschränkten Prüfungsmaßstab, insbesondere soweit sich dem nationalen Gesetzgeber ein Spielraum offenbart.<sup>49</sup> Insofern soll die folgende Prüfung nicht die Verfassungsmäßigkeit der einzelnen (unions-)gesetzlichen Regelungen selbst beurteilen, sondern der Frage nachgehen, ob das im jeweiligen Rechtsgebiet verfolgte Regelungsmodell als solches – mithin als einfachgesetzliche nationale Regelung gedacht – den Anforderungen des grundgesetzlichen Untermaßverbots genügt.

### I. Datenschutzrecht (DSGVO, TTDSG)

Ein gutes Anschauungsbeispiel dafür, zu beurteilen, ob ein Regelungsmodells den gebotenen Mindestschutz bereitstellt, liefert das Datenschutzrecht. Einwilligungen der betroffenen Person dienen als eine der zentralen Legitimationsgrundlagen für Datenverarbeitungen (Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO) sowie für das Speichern und Abrufen von Informationen auf Endgeräten (durch sog. Cookies) (§ 25 Abs. 1 TTDSG)<sup>50</sup>. Insofern gilt das Datenschutzrecht gleichsam als Musterbeispiel für „Selbstbestimmung als Legitimationsmodell“<sup>51</sup>. Gleichzeitig haben Dark Patterns im Bereich des Datenschutzes potenziell weitreichende Konsequenzen: Sie können Betroffene dazu bewegen, ihr Daten Dritten umfassend zur Verfügung zu stellen. Zu bewerten ist, ob die Einwilligungsvoraussetzungen des datenschutzrechtlichen Regelungsmodells das Untermaßverbot wahren. Hierzu müssten sie Schutzvorkehrungen schaffen, die dem mit Blick auf Dark Patterns erforderlichen Mindestschutzmaß (unten 1.) entsprechen (unten 2.). Letzteres ist gegebenenfalls vermittels einer verhaltensökonomisch informierten Auslegung zu erreichen (unten 3.).

<sup>49</sup> Vgl. BVerfGE 152, 152 (169, Rn. 42) – Recht auf Vergessen I.

<sup>50</sup> Str., inwieweit gerade § 25 TTDSG eine Regelung des Datenschutzes ist; vgl. *Herrmann*, in: Assion (Hrsg.), TTDSG, 2022, § 1, Rn. 22; für „Privatsphäre“, *EuGH*, Urt. v. 1.10.2019 – C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, Rn. 69 – Planet49 = NJW 2019, 3433 (3436, Rn. 69); für die vorliegende Arbeit ist diese Frage nicht zentral, entscheidend ist vielmehr, dass das TTDSG zur Einwilligung grds. das Regelungsmodell der DSGVO übernimmt.

<sup>51</sup> *Lindner*, AöR 140 (2015), 542 (546).

### 1. Mindestschutzmaß im Datenschutzrecht

Zu ermitteln ist zuerst das im Datenschutzrecht notwendige Mindestschutzmaß – mithin, welchen Grad an Autonomie der Staat im Datenschutzrecht zu gewährleisten hat.<sup>52</sup> Das einschlägige Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)<sup>53</sup> genießt gerade in Zeiten zunehmender Digitalisierung und Datafizierung – die potenziell automatisierte Entscheidungen ermöglicht, die alle Lebensbereiche betreffen können – eine herausgehobene grundrechtliche Bedeutung.<sup>54</sup> Diese Bedeutung reicht zwar nicht an diejenige heran, die Entscheidungen betreffend die Gesundheit und das Leben zukommt.<sup>55</sup> Sie geht aber gleichwohl über die Wertigkeit hinaus, die alltäglichen wirtschaftlichen Entscheidungen innewohnt. Folglich ist der Schutz der informationellen Selbstbestimmung im mittleren Bedeutungsbereich der Autonomie-Skala anzusiedeln. Schutz der inneren Sphäre ist zumindest vor solchen Einwirkungen angezeigt, welche die Prozessautonomie ‚nachhaltig zu beeinflussen‘ drohen.<sup>56</sup>

In speziellen Kontexten, wenn besonders schutzwürdige Daten in Rede stehen – etwa Gesundheitsdaten, Daten betreffend die sexuelle Orientierung etc. (Art. 9 DSGVO) – liegt das Mindestschutzmaß höher. Hier ist die besondere Bedeutung der zusätzlich einschlägigen weiteren Grundrechte, wie der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) oder des Gleichbehandlungsgebots (Art. 3 Abs. 1 GG), zu beachten. Derartige Entscheidungen liegen zwischen dem mittleren und dem oberen Schutzbereich. Sie müssen zumindest weitestgehend auf einen autonom gebildeten Willen zurückgehen. Einflüsse, die geeignet sind, den Entscheidungsprozess wesentlich zu beeinträchtigen, sind hier zu unterbinden.

### 2. Überprüfung des Datenschutzrechts

Zu prüfen ist, ob das datenschutzrechtliche Regelungsmodell – hier am Beispiel der DSGVO und des TTDSG – dem erforderlichen Mindestschutzmaß genügt. Um diese Bewertung vorzunehmen, gilt es die Voraussetzungen zu betrachten, die das Datenschutzrecht an eine wirksame Einwilligung stellt (Art. 4 Nr. 11 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG]). Zudem könnten die *Data-Protection-by-Default*- und *Data-Protection-by-Design*-Prinzipien (Art. 25 Abs. 2, Abs. 1

<sup>52</sup> S. zum Mindestschutzmaß oben § 5 C. II.

<sup>53</sup> Vgl. grds. BVerfGE 65, 1 (41 ff.) – Volkszählungsurteil; hierzu statt vieler *Kunig/Kämmerer*, in: Münch/Kunig/Kämmerer et al. (Hrsg.), GG, 2021, Art. 2, Rn. 75 ff.

<sup>54</sup> Zur Bedeutung von Datenschutz mit Blick auf Künstliche Intelligenz und Big Data *Sydow*, in: *Sydow/Marsch* (Hrsg.), DS-GVO, 2022, Einleitung, Rn. 173 ff.; gerade zum Diskriminierungspotenzial *Steege*, MMR 2019, 715 (715 ff.); *Lauscher/Legner*, ZfDR 2022, 367 (370 ff.); zu Datafizierung an sich *Mejias/Couldry*, Internet Pol. Rev. 8 (2019), 1 (1 ff.).

<sup>55</sup> Das Grundrecht auf Leben hat insofern einen „Höchstwert“ innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung inne; vgl. BVerfGE 115, 118 (139, Rn. 85) – LuftsicherheitsG.

<sup>56</sup> S. oben § 5 C. II. 2.

DSGVO) sowie das Widerrufsrecht (Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO) die Betroffenen vor Einwirkungen auf ihre innere Sphäre schützen.

a) *Einwilligungsvoraussetzungen*

(Art. 4 Nr. 11 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG])

Das Datenschutzrecht könnte hinreichend vor Dark Patterns schützen, wenn es Einwilligungen die Wirksamkeit versagt, die unter Dark Patterns zustande gekommen sind. Drei Elemente sind zentral dafür, dass eine wirksame Einwilligung vorliegt: Die Erklärung muss freiwillig, informiert und unmissverständlich erfolgen (Art. 4 Nr. 11 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG]).<sup>57</sup>

aa) *Freiwilligkeit*

Wann eine Einwilligung freiwillig erteilt ist, lässt sich der DSGVO nicht unmittelbar entnehmen – sie definiert hierfür keine (positiven) Voraussetzungen. Der normative Teil der DSGVO stellt keinen allgemeinen Freiwilligkeitsschutz bereit – etwa nach dem Vorbild des § 123 Abs. 1 BGB<sup>58</sup>: Die DSGVO schützt weder explizit vor (arglistiger) Täuschung noch vor (widerrechtlicher) Drohung. Die Freiwilligkeit steht einzig in Situationen in Frage, in denen die Verantwortlichen den Betroffenen zu verstehen geben, dass sie ein Vertragsverhältnis nur eingehen werden, wenn diese die gewünschte Einwilligung erteilen (sog. *Take-it-or-leave-it*-Konstellation<sup>59</sup>, Art. 7 Abs. 4 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG]).<sup>60</sup> Insofern dürfen sich an die ablehnende Entscheidung keine „Nachteile“ (ErwGrd. 42 S. 5 DSGVO) knüpfen.

Entsprechend des normativen Schweigens der DSGVO zu den Voraussetzungen der Freiwilligkeit, definieren Aufsichtsbehörden und Literatur das Kriterium der Freiwilligkeit regelmäßig negativ. Hiernach gehe die DSGVO davon aus, dass Betroffene freiwillig entscheiden. Unfreiwilligkeit liege nur in bestimmten Situationen vor. Dies sei zum einen bei Täuschung, Drohung und physischem Zwang der Fall – die gleichsam in die DSGVO „hineingelesen werden müssen“<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Hinzu kommen die Elemente der Bestimmtheit und der Abgabe vor der Datenverarbeitung, die hier jd. keine Rolle spielen. Vgl. zu diesen grds. *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), DSGVO mit BDSG, 2019, Art. 7 DSGVO, Rn. 48 ff.; *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 165.

<sup>58</sup> Wobei die Regelungen des dt. Zivilrechts auch nicht ergänzend zu den Bestimmungen der DSGVO über die Wirksamkeit der Einwilligung herangezogen werden können; vgl. *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), DSGVO mit BDSG, 2019, Art. 7 DSGVO, Rn. 83 f.

<sup>59</sup> *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), DSGVO mit BDSG, 2019, Art. 7 DSGVO, Rn. 57.

<sup>60</sup> *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), DSGVO mit BDSG, 2019, Art. 7 DSGVO, Rn. 48, 56 ff. S. auch *Heckmann/Paschke*, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), DSGVO, 2018, Art. 7, Rn. 51 ff.

<sup>61</sup> *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 195; s. auch *Heckmann/Paschke*, in: Ehmann/Selmayr

Zum anderen mangle es an Freiwilligkeit, wenn zwischen den Parteien ein „Ungleichgewicht der Macht“<sup>62</sup> besteht. Dies geht zurück auf ErwGrd. 43 S. 1 DSGVO, der die Abwesenheit eines „klare[n] Ungleichgewichts“ zwischen den Parteien verlangt.

Die Vorgaben der DSGVO und ihre Interpretation durch Aufsichtsbehörden und Literatur sind nicht darauf ausgelegt, die Autonomie im Entscheidungsprozess zu sichern.<sup>63</sup> Einwirkungsarten, die die DSGVO zu verhindern in der Lage ist, entstammen vielmehr der äußeren Sphäre – wie Zwang und Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit durch (wirtschaftliche) Machtausübung.<sup>64</sup> Hingegen schützt die DSGVO nach der gegenwärtigen Rechtslage nicht davor, dass Verarbeiter:innen auf die innere Sphäre der Betroffenen einwirken – insbesondere indem sie deren Rationalitätsdefizite ausnutzen.<sup>65</sup>

Diesen Befund veranschaulicht ein Beispiel: Verarbeiter:innen können auf die Betroffenen einwirken, indem sie Entscheidungsdruck aufbauen. So können sie den Betroffenen, während diese Datenschutzeinstellungen treffen sollen, durch gewissen Symbole vorspiegeln, es lägen neue Nachrichten in deren Posteingang vor.<sup>66</sup> Der Drang, diese vermeintlichen Nachrichten einzusehen, verführt die Betroffenen zu schnellem Handeln. Verhaltensökonomisch gesprochen lösen die Anbieter:innen hierdurch gezielt System-1-Denken aus – die Wahrscheinlichkeit steigt, dass die Betroffenen nicht voll-rational entschei-

---

(Hrsg.), DSGVO, 2018, Art. 7, Rn. 51 ff.; *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), DSGVO mit BDSG, 2019, Art. 7 DSGVO, Rn. 48, 56 ff.; *Rothmann*, Datenschutzrechtlichen Einwilligung, 2023, S. 122 ff.

<sup>62</sup> *Art.-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien Einwilligung, 10.4.2018, S. 6, die der neue Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) übernommen hat, *Europäischer Datenschutzausschuss*, Endorsement 1/2018, 25.5.2018. S. etwa auch *Sartor/Lagioia et al.*, Behavioral Advertising, 2021, S. 62 f.; s. auch *BVerfG*, JZ 2007, 576 (576) – Versicherungsdatenschutz I; *BVerfG*, JZ 2013, 1156 (1157, Rn. 20) – Versicherungsdatenschutz II.

<sup>63</sup> Eine erste Auseinandersetzung bei *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 2022, Art. 4 DSGVO, Rn. 318 ff. Eine mangelnde Konzeption der Problematik wird bei *Schneider*, in: Assion (Hrsg.), TTDSG, 2022, § 25, Rn. 30, deutlich: Hiernach ist eine „Gesamtbetrachtung“ notwendig; wirkt die Gestaltung derart, dass „die Zustimmung des Endnutzers nicht mehr eindeutig ist oder dem Endnutzer faktisch keine andere Wahl als die Zustimmung gelassen wird und die Einwilligung nicht mehr freiwillig ist, kann Nudging zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen“. Doch genau hierum geht es bei Nudging *nicht* – die Nutzer:innen haben eine „andere Wahl“ i. S. d. Entscheidungsfreiheit. Ebenso *Ettig*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 2022, § 25 TTDSG, Rn. 30; auch ohne erkennbare Ausdifferenzierung der Schutzzatbestände *Europäischer Datenschutzausschuss*, Cookie Banner, 2022, S. 6.

<sup>64</sup> Die Konnotation zum entsprechenden Marktversagen stellt auch *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 180 f., her.

<sup>65</sup> Einen darüberhinausgehenden Ansatz schlägt der Verf. der vorliegenden Arbeit andernorts vor, wonach sich der Regelungsgedanke der Voreinstellungsverbote (Art. 25 Abs. 2 DSGVO) fruchtbar machen lässt. Deren Telos, namentlich der Schutz vor dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten, ist hiernach verallgemeinerbar und sollte auf die Auslegung der Freiwilligkeit durchschlagen; *Martini/Weinzierl*, RW 10 (2019), 287 (303).

<sup>66</sup> Vgl. zu diesem Beispiel *Martini/Weinzierl*, RW 10 (2019), 287 (294 f.).

den.<sup>67</sup> Gleichwohl führt dies nicht zur Unfreiwilligkeit der Entscheidung (i. S. d. Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG]). Weder täuschen die Verwender:innen über die relevanten Umstände der Datenverarbeitung noch drohen sie mit einem Nachteil. Zudem rührt der gefühlte Entscheidungsdruck nicht aus einer äußeren, ungleichen Machtverteilung. Er entstammt alleine der inneren Prädisposition der Einzelnen, nicht stets überlegendes, rationales Denken anzuwenden.

Ebenso liegt es in Fällen, die – etwa durch Voreinstellungen – den *Default Bias* ausnutzen. Weder Zwang noch wirtschaftliche Not bedingen hier die Entscheidung der Betroffenen – alleine die generelle Veranlagung des Menschen, Voreinstellungen beizubehalten, wirkt sich zu Gunsten der Gegenüber aus. Insofern hilft das Verbot, Nachteile mit der Entscheidung zu verbinden, (ErwGr. 42 S. 5 DSGVO) nicht weiter: Nachteile, die hiernach die Freiheit der Wahl antasten, müssen selbstständige negative Folgen der ablehnenden Entscheidung sein – solche knüpfen sich an die Verweigerung der Einwilligung bei einer Voreinstellung jedoch gerade nicht.

#### *bb) Informiertheit*

Eine Einwilligung muss in informierter Weise ergehen. Voraussetzung ist hierfür, dass die Entscheider:innen die erforderlichen Informationen<sup>68</sup> „in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache“ (Art. 12 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG]) erhalten.<sup>69</sup> Ziel dieser Informationsbereitstellung ist es, den Betroffenen „zu ermöglichen, Entscheidungen in Kenntnis der Sachlage zu treffen, zu verstehen, in was [sic einwilligen]“<sup>70</sup>. Ohne diese Informationen sei – laut der Art.-29-Datenschutzgruppe – „die Kontrolle durch den Nutzer illusorisch“<sup>71</sup>.

Doch vermögen es nach diesen Vorgaben bereitgestellte Informationen nicht, ein (jedenfalls) mittel-hohes Autonomieniveau sicherzustellen. Zwar sind Informationen wichtig, um eine interessengerechte Entscheidung zu fällen. Die Einwirkung auf den Entscheidungsprozess findet jedoch nur selten unmittelbar im Zusammenhang mit bereitgestellten (oder fehlenden) Informationen statt. Die meisten Dark Patterns – etwa farbliche Darstellungen, ein Entscheidungscount-down, Voreinstellungen oder weiter gehende Angaben und Hinweise auf das Verhalten anderer – wirken nicht auf der Ebene der erforderlichen Informationen.

Eine Ausnahme könnte das Framing der bereitgestellten Information sein: Etwa die Angabe, dass bei einer Ablehnung gewisse Vorteile entfallen, statt der

---

<sup>67</sup> S. oben § 1 A. II. 2. d).

<sup>68</sup> Nach Art. 13, 14 DSGVO (i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG).

<sup>69</sup> Art.-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien Transparenz, 11.4.2018, S. 7 f.

<sup>70</sup> Art.-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien Einwilligung, 10.4.2018, S. 15.

<sup>71</sup> Art.-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien Einwilligung, 10.4.2018, S. 3.

Formulierung, dass eine Zustimmung gewisse Vorteile entstehen lässt – hier wirkt der *Status Quo Bias* lenkend ein.<sup>72</sup> Doch stellt ein solches Framing keinen Verstoß gegen die Anforderungen an das ‚Wie‘ der erforderlichen Informationsgabe dar.<sup>73</sup> Die Anforderung, Information präzise und verständlich bereitzustellen, zielt darauf, zu verhindern, dass die Einzelnen „bei der Suche nach einzelnen Themen umfangreiche Texte durchkämmen“<sup>74</sup> müssen, und beugen so „Informationsermüdung“<sup>75</sup> vor. Sie schützen also vor dem Aufwand der Informationsverarbeitung und mithin davor, dass die Entscheider:innen nach rationalen, nutzenmaximierenden Erwägungen davon absehen, gewisse Informationen aufzunehmen.<sup>76</sup> Ein Framing führt hingegen gerade nicht zu Ermüdung oder einem großen Verständnisaufwand. Entscheidend für den Steuerungseffekt des Framings ist vielmehr, dass der Mensch sich durch – inhaltlich unwesentliche – Formulierungen leiten lässt, mithin ein Rationalitätsdefizit.<sup>77</sup>

Im Ergebnis können Informationsvorschriften – die klassische Antwort des Informationsmodells<sup>78</sup> auf Informationsasymmetrien – keine passgenaue Antwort auf das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten geben.<sup>79</sup> Sie sind nicht geeignet, Prozessautonomie zu gewährleisten. Dies gilt nicht nur für die abstrahierte Idee der Information, sondern auch dafür, wie die Vorschriften zur Informationsgabe im Datenschutzrecht konkret ausgestaltet sind. Gerade die Anforderungen an Transparenz und Verständlichkeit legen vielmehr nahe, dass das Regelungsmodell das Bild der rationalen Entscheider:innen vor Augen hat, die alleine aus Effizienzgründen davon absehen, nicht-transparente oder nicht-

<sup>72</sup> S. oben § 1 A. II. 2. b) ii).

<sup>73</sup> Nur hierauf bezieht sich Art. 12 DSGVO; vgl. Art. 12 Abs. 1 S. 1 DSGVO.

<sup>74</sup> *Art.-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien Transparenz, 11.4.2018, S. 7.

<sup>75</sup> *Art.-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien Transparenz, 11.4.2018, S. 7 f.

<sup>76</sup> Eben den Gedanken der Grenze der effizienten Verarbeitung von Informationen scheint BGH, NJW 2020, 2540 (2544, Rn. 32) – Cookie-Einwilligung II, vor Augen zu haben. Der BGH sieht keine informierte Einwilligung „für den bestimmten Fall“ (Art. 4 Nr. 11 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG]), wenn die konkrete Gestaltung einer Bedienoberfläche mit Hilfe einer Vielzahl von Auswahlmöglichkeiten darauf abzielt, dass sich Betroffene mit den Inhalten gar nicht erst auseinandersetzen; BGH, NJW 2020, 2540 (2544, Rn. 32) – Cookie-Einwilligung II.

<sup>77</sup> Selbst eine zielgruppenspezifische Informationsaufbereitung, wie von *Art.-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien Transparenz, 11.4.2018, S. 8, gefordert, änderte dies nicht, denn Rationalitätsdefizite treten grds. bei allen Menschen auf.

<sup>78</sup> Zentraler Ansatz des Informationsmodells ist, dass Information Einzelne befähigt, für sie bessere Entscheidungen zu treffen, sowie dazu beiträgt, ein besseres Marktfunktionieren zu erreichen, indem sie Informationsasymmetrien absenkt – dies wiederum entspricht der Kerntheorie der Informationsökonomik; *Faust/Grigoleit*, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit et al. (Hrsg.), *Verbraucher-acquis*, 2011, S. 193, 193. Als Regulierungsmodell sollte eine derartige Nutzung der Marktkräfte eine im Vergleich zu inhaltlichen Regelungen effizientere Steuerung ermöglichen; vgl. hierzu *Grundmann*, JZ 2000, 1133; *Ben-Shahar/Schneider*, U. Pen. L. Rev. 159 (2011), 647; *Hacker*, *Datenprivatrecht*, 2020, S. 395 ff., m. w. N.

<sup>79</sup> Dies entspricht i. E. der grundlegenden Erkenntnis von *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 429 ff.

verständliche Informationen zu verarbeiten. An der Realität menschlichen Entscheidens gehen die Vorschriften damit vorbei.

cc) *Unmissverständlichkeit*

Schließlich könnte die Wirksamkeitsvoraussetzung der Unmissverständlichkeit die innere Sphäre vor Übergriffen schützen. Eine Einwilligung muss „in Form einer [...] eindeutigen bestätigenden Handlung“ (Art. 4 Nr. 11 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG]) erfolgen. In der DSGVO selbst erfährt das Kriterium der Unmissverständlichkeit in den Erwägungsgründen eine weitere Klärung: Hiernach sollen „Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person“ (ErwGrd. 32 S. 3 DSGVO) der Einwilligung die Wirksamkeit nehmen.

Die Voraussetzungen der DSGVO zur Unmissverständlichkeit vermögen nicht, die Prozessautonomie hinreichend zu schützen. ‚Eindeutig bestätigend‘ ist ein äußeres, kein inneres Merkmal einer Entscheidung: Es geht der DSGVO darum, zwischen Zustimmung durch (aktives) Handeln und (passives) Belassen („Untätigkeit“, ErwGrd. 32 S. 3 DSGVO) abzugrenzen. Alleine der Ausschluss „bereits angekreuzte[r] Kästchen“ (ErwGrd. 32 S. 3 DSGVO), mithin von *Opt-out*-Gestaltungen, stellt die Regelung in Bezug zu verhaltensökonomischen Erkenntnissen – insbesondere den *Default Bias*.<sup>80</sup> Doch scheint jedenfalls der EuGH dieser Lesart nicht zu folgen. Vielmehr rückt er das Kriterium in den Kontext der Beweisbarkeit einer Einwilligung.<sup>81</sup>

Erst die Ausführungen der Art.-29-Datenschutzgruppe eröffnen eine innere Stoßrichtung des Unmissverständlichkeitskriteriums. Die Art.-29-Datenschutzgruppe knüpft einen bunten Strauß an weiteren Erfordernissen und Verboten an das Kriterium der Unmissverständlichkeit: etwa die Voraussetzung einer „bewussten Handlung“ ohne „Zweifel an der Zustimmungabsicht“ sowie die Pflicht der Verantwortlichen, die „warnende Wirkung“ der Einwilligung sowie – die mit der „Müdigkeit gegenüber dem Anklicken“ abnimmt – sicherzustellen.<sup>82</sup> Doch bleibt das zugrundeliegende Bild des Entscheidungsprozesses und der Bedrohungen von Autonomie bestenfalls diffus.

Die Vorschrift genügt so – in ihrer gegenwärtigen Auslegung und Anwendung – nicht der grundsätzlichen Anforderung, die innere Sphäre an sich zu schützen bzw. ein gewisses Niveau an Autonomie zu gewährleisten. Spezifisch untersucht ist alleine ein kleiner Ausschnitt möglicher Dark Patterns: Voreinstellungen.

<sup>80</sup> Dies deutet etwa *Rothmann*, Datenschutzrechtlichen Einwilligung, 2023, S. 144f., an.

<sup>81</sup> *EuGH*, Urt. v. 11.11.2020 – C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901, Rn. 37 – Orange România SA = NJW 2021, 841 (843, Rn. 37).

<sup>82</sup> *Art.-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien Einwilligung, 10.4.2018, S. 18, 20. Gleichwohl leitet sie hieraus konkret keine klaren Voraussetzungen ab – vielmehr gibt sie Verantwortlichen die Pflicht auf, „dieses Problem zu lösen“, *ebd.*

b) *Widerrufsrecht (Art. 7 Abs. 3 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG])*

Neben den Vorschriften zur Wirksamkeit der Einwilligung könnte das Widerrufsrecht (Art. 7 Abs. 3 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG<sup>83</sup>]) den Mindestschutz der inneren Sphäre sicherstellen. Auf den ersten Blick scheint das Widerrufsrecht geeignet, die Folgen einer Einwirkung auf den Entscheidungsprozess umfassend zu beseitigen. So gilt es inhaltlich voraussetzungslos: Die betroffene Person kann die Einwilligung jederzeit widerrufen, ohne dass es hierfür bestimmter Gründe bedarf.<sup>84</sup> Die Einzelnen können das Widerrufsrecht mithin nutzen, um jedwede Einwilligung zu Fall zu bringen – auch solche, die durch das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten zustande gekommen sind.<sup>85</sup>

Doch ist das Potenzial des Widerrufsrechts, die innere Sphäre der Entscheider:innen zu schützen, aus drei Gründen wesentlich begrenzt. Erstens ist es nicht geeignet, die Folgen einer Einwirkung auf den Entscheidungsprozess umfassend aufzuheben. So wirkt der Widerruf nur *pro futuro* (Art. 7 Abs. 3 S. 1, 2 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG]). Er kann weder eine bis dahin erfolgte Datenverarbeitung noch die Einwirkung auf den Entscheidungsprozess, die Verletzung der Prozessautonomie, rückgängig machen.<sup>86</sup> Die Verletzung bleibt bestehen – das Widerrufsrecht schafft keine *restitutio ad integrum*, sondern dämpft alleine die Folgen der Einwirkung ab. Zweitens machen Betroffene zu meist keinen Gebrauch von der Widerrufsmöglichkeit. Ein Widerruf ist nicht nur bereits an sich aufwändig – die Einzelnen müssen herausfinden, wie sie diesen erklären können und diese Erklärung dann abgeben. Vielmehr gelangt die Wirkung subtil implantierter Dark Patterns nur selten in das Bewusstsein der beeinflussten Personen.<sup>87</sup> Erkennen Entscheider:innen nicht, dass ein Dark Pat-

<sup>83</sup> Das Widerrufsrecht unterfällt – jdlfs. im Wege der Auslegung – auch dem Verweis auf die DSGVO. Die Gesetzesbegründung macht dies nicht deutlich, Begr. RegE, BT-Drs. 19/27441, 9.3.2021, S. 40. Jd. ist Art. 7 DSGVO zentraler Bestandteil des Einwilligungsregimes der DSGVO; implizit setzt dies *Ettig*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 2022, § 25 TTDSG, Rn. 37, voraus.

<sup>84</sup> Vgl. grds. *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), DSGVO mit BDSG, 2019, Art. 7 DSGVO, Rn. 85; zur Frage, ob Gründe anzugeben sind *Ingold*, in: Sydow/Marsch (Hrsg.), DS-GVO, 2022, Art. 7 DS-GVO, Rn. 46; *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Eur. ArbR, 2022, Art. 7 EU (VO) 2016/679, Rn. 6; anders wohl *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2022, Art. 7 DS-GVO, Rn. 54.

<sup>85</sup> Insofern hat das voraussetzungslose Widerrufsrecht als sog. „cooling-off period“ aus verhaltenswissenschaftlicher Perspektive Aufmerksamkeit erfahren: Es stellt eine Methode des „asymmetrischen Paternalismus“ dar, da es nicht-beeinflusste Entscheider:innen grds. nicht einschränkt; vgl. hierzu *Camerer/Issacharoff et al.*, U. Pen. L. Rev. 151 (2003), 1211 (1238 ff.); *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 513 ff.

<sup>86</sup> Hier könnte eine Wartefrist („mandatory time delay“) für die Abgabe der Einwilligungs-erklärung theoretisch Abhilfe schaffen – praktisch macht dies jd. für die meisten Formen der Datenverarbeitung, etwa den Besuch von Webseiten oder andere *Ad-hoc*-Leistungen, keinen Sinn; vgl. hierzu *Camerer/Issacharoff et al.*, U. Pen. L. Rev. 151 (2003), 1211 (1240).

<sup>87</sup> *Luguri/Strahilevitz*, J. Leg. Anal. 13 (2021), 43 (67); *Susser/Roessler et al.*, Geo. L. Tech. Rev. 4 (2019), 1 (26).

tern sie gelenkt hat, werden sie auch ihr Widerrufsrecht nicht nutzen. Drittens ist das Widerrufsrecht nicht geeignet, dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten präventiv wirksam Einhalt zu gebieten.<sup>88</sup> Ausnutzende schreckt es nicht ab. Sie erleiden durch das Widerrufsrecht gegenüber einer andernfalls nicht gegebenen Einwilligung keine Nachteile. Das Widerrufsrecht kann damit in extremen Fällen der Einflussnahme auf den Entscheidungsprozess die Konsequenzen der Einwirkung begrenzt abfedern. Hingegen vermag es nicht, die innere Sphäre so zu schützen, dass dies dem Mindestmaß genügt.

c) *Data Protection by Default und Data Protection by Design*  
(Art. 25 Abs. 2 und Abs. 1 DSGVO)

Zudem könnten die allgemeinen Prinzipien des *Data Protection by Default* und *Data Protection by Design* helfen, vorzubeugen, dass Verwender:innen die Rationalitätsdefizite der Betroffenen ausnutzen. Gerade die Pflicht zum *Data Protection by Default* (Art. 25 Abs. 2 DSGVO, ErwGrd. 32 DSGVO) geht jedoch nicht über das hinaus, was bereits die Unmissverständlichkeit der Einwilligung verlangt: Beide statuieren ein *Opt-out*-Verbot.<sup>89</sup>

Das *Data-Protection-by-Design*-Prinzip (Art. 25 Abs. 1 DSGVO) wiederum zielt auf den Entwicklungsprozess von Datenverarbeitungsstrukturen.<sup>90</sup> Es verfolgt den Ansatz, die Datenschutzgrundsätze der DSGVO (Art. 5 DSGVO) „in die Tiefe der Datenverarbeitungsstrukturen hinein“<sup>91</sup> wirksam zu machen.<sup>92</sup> Eigene inhaltliche Anforderungen legt es nicht fest. Damit ist die entscheidende Frage, inwieweit sich die allgemeinen Datenschutzgrundsätze dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten in den Weg stellen. Einzig der Grundsatz von Treu und Glauben (engl. „fairness“, Art. 5 Abs. 1 lit. a Var. 2 DSGVO) könnte hier einen Angriffspunkt bieten. Unmittelbar ist dies jedoch nicht der Fall – dafür ist der Topos zu unbestimmt.<sup>93</sup> In Betracht kommt allenfalls eine entsprechende, verhaltensökonomisch informierte Auslegung – die jedenfalls der europäische Gesetzgeber nicht vorhergesehen hat und die weder Gerichte noch Literatur derzeit vollziehen.<sup>94</sup>

<sup>88</sup> Vgl. zu den verhaltensökonomischen Problemen Eidenmüller, AcP 210 (2010), 67 (83); Martini/Drews et al., ZfDR 2021, 47 (61 f.).

<sup>89</sup> Eine weiter gehende Anwendung ist nur durch eine (unionsrechtliche) Analogie erreichbar; vgl. Martini/Weinzierl, RW 10 (2019), 287 (295 ff.). Diese gilt dann auch i. R. d. TTDSG.

<sup>90</sup> Vgl. Bygrave, Oslo L. Rev. 1 (2017), 105 (113 ff.).

<sup>91</sup> So der Verf. selbst bereits in Martini/Drews et al., ZfDR 2021, 47 (57).

<sup>92</sup> Hierzu gehört auch das Design der Anwendungsoberfläche; vgl. Martini/Drews et al., ZfDR 2021, 47 (57).

<sup>93</sup> Vgl. Martini/Drews et al., ZfDR 2021, 47 (57 f.); Lang, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 2022, Art. 5 DSGVO, Rn. 74.

<sup>94</sup> So der Verf. selbst in Martini/Drews et al., ZfDR 2021, 47 (57), unter Bezug auf *Europäischer Datenschutzausschuss*, Guidelines Article 25, 20.10.2020, S. 17 ff.

### 3. Verhaltensökonomisch informierte Auslegung des Datenschutzrechts

Der Befund ist damit klar: Das Regelungsmodell der DSGVO bzw. des TTDSG mag zwar gewisse verhaltensökonomisch wirksame Einwirkungsformen unterbinden.<sup>95</sup> Erforderlich wäre jedoch – entsprechend des Schutzbedarfs im mittleren Bedeutungsbereich – ausreichender Schutz vor solchen Einwirkungen, welche die innere Sphäre nachhaltig zu beeinflussen geeignet sind.<sup>96</sup> Das datenschutzrechtliche Regelungsmodell erreicht – jedenfalls in seiner gegenwärtigen Auslegung und Anwendung – dieses notwendige Schutzniveau für die innere Sphäre des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht. Das Datenschutzrecht stellt sich Dark Patterns nicht hinreichend entgegen. Der gewährte Schutz bleibt damit erheblich hinter dem Schutzziel zurück.<sup>97</sup> Die erfassten Fälle gleichen den Zufallstreffern einer stehen gebliebenen Uhr. Das Datenschutzrecht tickt nicht im Rhythmus der Verhaltensökonomie.

Bietet das gegenwärtige Regelungsmodell des Datenschutzrechts keinen hinreichenden Schutz, bedeutet dies noch nicht zwingend, dass das einfache Recht den Schutz der inneren Sphäre nicht bereitstellen kann. Eine verhaltensökonomisch informierte Auslegung bestehender Normen könnte sich als Rettungsanker erweisen.<sup>98</sup> Sie stellt womöglich den einfachsten Weg dar, dem Schutzauftrag Genüge zu tun.<sup>99</sup> Im Datenschutzrecht ist die Voraussetzung der Freiwilligkeit der Einwilligung naheliegender Ansatzpunkt dafür, die Schutzpflicht für die innere Sphäre zu berücksichtigen. Die Voraussetzung der Freiwilligkeit ist für eine verhaltensökonomisch informierte Auslegung offen, da sie selbst in der DSGVO keine nähere Definition erfährt. Entsprechend sollte grundsätzlich jede Verhaltenssteuerung, die einen ‚nachhaltigen Einfluss‘ auf die Entscheidungsfindung hat, dazu führen, dass die Einwilligung unfreiwillig und damit unwirksam ist.<sup>100</sup> In sensiblen Bereichen der Datenverarbeitung,

<sup>95</sup> In diese Richtung *Wiedemann/Wank*, JZ 2013, 340. So i. E. auch *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220 (233).

<sup>96</sup> Zu dem entsprechenden Mindestschutzmaß oben § 5 C. II. 2.

<sup>97</sup> Zu dieser Schwelle für die Verfassungswidrigkeit nationalen Rechts BVerfGE 157, 30 (114, Rn. 152) – Klimaschutzgesetz.

<sup>98</sup> Im nationalen Recht entspricht dies mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag einer verfassungsmäßigen Auslegung; grds. *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 39. Erg.-Lfg. (Jul 2001), Art. 2 Abs. 1, Rn. 109 ff.; *Herresthal*, JuS 2014, 289 (295 ff.); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), GG, 2022, Art. 20, Rn. 67 f.; *Vofskuhle*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), GG, 2018, Art. 93, Rn. 52. Zu dem Ansatz, verhaltensökonomische Erkenntnisse bei der Auslegung und Anwendung bestehender Rechtsinstitute heranzuziehen, *Eisenberg*, Stan. L. Rev. 47 (1995), 211 (225 ff.).

<sup>99</sup> Ansätze hierfür liefern *Martini/Weinzierl*, RW 10 (2019), 287 (302 ff.); *Sibony*, Eur. Rev. Private L. 22 (2014), 901 (922 ff.).

<sup>100</sup> *Martini/Weinzierl*, RW 10 (2019), 287 (310), die insofern auch von der „Hürde der starken Verhaltenssteuerung“ sprechen. In eine ähnliche Richtung, jedoch über den Umweg des § 307 BGB, *Schäfers*, AcP 221 (2021), 32 (63). A. A. unter Verknüpfung der tatsächlichen Bedrohungslage *Dornis*, ZfPW 2022, 310 (328 f.).

etwa von Gesundheitsdaten, ist in Anbetracht der besonderen Bedeutung der Einwilligung ein höheres Mindestschutzmaß anzulegen. Hiernach muss bereits jeder Einfluss zur Unfreiwilligkeit der Einwilligung führen, der geeignet ist, den Entscheidungsprozess ‚nicht nur geringfügig‘ zu beeinflussen.

Insgesamt zeigt sich, dass das Regelungsmodell des Datenschutzrechts keinen hinreichenden Schutz der inneren Sphäre sicherstellt. Alleine eine verhaltensökonomisch informierte Auslegung kann hinreichenden Autonomieschutz gewähren. Insofern ist der Wortlaut der ‚Freiwilligkeits‘-Voraussetzung offen dafür, Bedrohungslagen zu erfassen, die von Dark Patterns ausgehen. Regulatorisch befriedigend ist diese Behelfslösung gleichwohl nicht.

## II. Lauterkeitsrecht (UWG, UGP-RL)

Neben dem Datenschutzrecht könnte das Lauterkeitsrecht Dark Patterns wirksame Grenzen ziehen. Der Blick des Lauterkeitsrechts geht dabei weg von einzelnen Vertrags- und Datenverarbeitungsverhältnissen hin zu dem geschäftlichen Verkehr an sich.<sup>101</sup> So erstrebt es sowohl Verbraucher:innen vor unlauteren geschäftlichen Handlungen als auch das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu schützen (§ 1 UWG).<sup>102</sup>

### 1. Mindestschutzmaß im Lauterkeitsrecht

Für den Regelungsbereich des Lauterkeitsrechts ist zuerst das notwendige Mindestschutzmaß zu ermitteln – mithin, welcher Grad an Autonomie nach dem Untermaßverbot zum Schutz der inneren Sphäre zu wahren ist. Einschlägiges Grundrecht ist hinsichtlich der Verbraucher:innen die allgemeine Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) – deren innere Sphäre hat der Staat zu schützen.<sup>103</sup> Üben Verbraucher:innen ihre allgemeine – d. h. nicht im Kontext eines spezifischen Grundrechts stehende – Vertragsfreiheit im täglichen Geschäftsverkehr aus, kommt dem im grundgesetzlichen Gefüge der Freiheitsrechte nur eine untergeordnete Bedeutung zu.<sup>104</sup> Das erforderliche Mindestschutzmaß liegt mithin im unteren Bereich. Notwendig ist alleine, dass der Staat eine typisierte,

---

<sup>101</sup> Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 2023, § 1 UWG, Rn. 17; auch BVerfG, NJW 2002, 1187 (1188) – Tier- und Artenschutz.

<sup>102</sup> Zu der Schutztrias des § 1 UWG Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 2023, § 1 UWG, Rn. 9 ff.

<sup>103</sup> Insofern dienen insbes. die hier analysierten Regelungen der §§ 5, 4a UWG vorrangig dem Verbraucher:innenschutz; Sosnitza, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 2020, § 1 UWG, Rn. 25. Darauf einzugehen, inwieweit Schutz vor dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten auch mit Blick auf Mitbewerber:innen, sonstige Marktteilnehmer:innen und die Allgemeinheit zu gewährleisten ist, führt hier zu weit. Dass dies der Fall ist, steht jd. außer Frage – jdf. aus der Perspektive der Ökonomie dient Marktversagensschutz stets auch Mitbewerber:innen und der Allgemeinheit.

<sup>104</sup> S. oben § 5 C. II. 1.

ausgleichende Regelung schafft, die ungewöhnlich belastende Folgen einer Lenkungseinwirkung verhindert.<sup>105</sup>

## 2. Überprüfung des Lauterkeitsrechts

Zu prüfen gilt es, ob das Lauterkeitsrecht – hier am Beispiel des UWG sowie der UGP-RL – dem erforderlichen Mindestschutzmaß genügt. Wesentliche Ausflüsse des Verbots unlauterer geschäftlicher Handlungen sind das Irreführungsverbot (unten a)) sowie das Verbot der aggressiven geschäftlichen Handlung (unten b)). Beide sollen die geschäftliche Entscheidungsfreiheit der Verbraucher:innen schützen.<sup>106</sup> Sie könnten so geeignet sein, im wirtschaftlichen Umfeld dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten durch Dark Patterns in großer Breite entgegenzutreten.

### a) Irreführungsverbot (§ 5 UWG)

Das lauterkeitsrechtliche Irreführungsverbot richtet sich gegen „unwahre [...] oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben“ (§ 5 Abs. 2 UWG). Derartige Angaben finden sich nicht nur in der Kommunikation in Wort und Schrift, vielmehr kann jede Äußerungsform und damit die Gestaltung von Benutzungsoberflächen hierunter fallen.<sup>107</sup> Doch bedarf es, damit ein relevantes Täuschungspotenzial vorliegt, stets einer Diskrepanz zwischen der objektiven Realität und einer durch die Angabe erweckten Bedeutungsvorstellung.<sup>108</sup> Die Vorschrift wirkt mithin alleine für Äußerungen mit Tatsachengehalt in einem Bedeutungsraum von wahr und falsch.<sup>109</sup>

Beeinflussungsformen, die nicht auf Täuschung beruhen – wie Kaufappelle, Begriffsassoziationen und humoristische bzw. satirische Werbung – setzt das Irreführungsverbot keine Grenzen.<sup>110</sup> Ähnlich liegt es bei Art. 6 Abs. 1 UGP-RL, auf den die nationale Regelung zurückgeht: Hiernach ist alleine das *Täuschen* mithilfe „sämtlicher Umstände ihrer Präsentation, selbst mit sachlich richtigen Angaben“ untersagt. Mithin ist notwendig, dass die Angabe eine Täuschung im Sinne einer sachlichen Fehlvorstellung hervorruft.<sup>111</sup> Damit kann das Irre-

<sup>105</sup> Angelehnt an BVerfGE 89, 214 (232, 234) – Angehörigenbürgerschaft.

<sup>106</sup> Vgl. zu diesem Schutzzweck BT-Drs. 15/1487, 22.8.2003, S. 13; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Hrsg.), UWG, 2023, § 1 UWG, Rn. 17 f.

<sup>107</sup> Rehart/Ruhl *et al.*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Hrsg.), BeckOK UWG, 2022, § 5 UWG, Rn. 44.

<sup>108</sup> Reuss, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 2020, § 5 UWG, Rn. 153.

<sup>109</sup> Reuss, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 2020, § 5 UWG, Rn. 153, m. w. N. A. A., wesentlich weiter, Martini/Drews *et al.*, ZfDR 2021, 47 (66 f.), wonach die Vorschrift „die Richtig/falsch-Binarität“ verlässt; anders hingegen Martini/Kramme *et al.*, VuR 2022, 123 (126).

<sup>110</sup> Vgl. etwa BGH, GRUR 2018, 1263 (1264, Rn. 11); Reuss, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 2020, § 5 UWG, Rn. 153; im Detail Rehart/Ruhl *et al.*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Hrsg.), BeckOK UWG, 2022, § 5 UWG, Rn. 44 ff., m. w. N.

<sup>111</sup> Hier schickt sich die Europäische Kommission, Guidance UCPD, 29.12.2021, S. 39, an,

führungsverbot nichts gegen Beeinflussungen ausrichten, die wirken, ohne bei den Gegenübern eine Fehlvorstellung zu erregen.<sup>112</sup> Dies gilt – qua Definition – für das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten.<sup>113</sup> Eine derartige Einwirkung auf den Entscheidungsprozess ruft gerade keine Fehlvorstellungen hervor. Gegen Dark Patterns ist das Irreführungsverbot machtlos.

*b) Verbot der aggressiven geschäftlichen Handlung (§ 4a UWG)*

Daneben könnte das Verbot aggressiver geschäftlicher Handlungen (§ 4a UWG) Abhilfe schaffen.<sup>114</sup> Es schützt vor einer (*erheblichen*) Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, wenn „der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher [...] zur Ausübung von Druck [...] ausnutzt“ (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, S. 3 UWG).<sup>115</sup> Erforderlich ist mithin, dass das Gegenüber eine Machtposition innehat.<sup>116</sup> Voraussetzung ist zudem, dass die Unternehmer:innen einen Nach-

---

den Wortlaut der UGP-RL hinter sich zu lassen: Die tatbestandlich erforderliche Täuschung soll etwa bei einer *Opt-out*-Voreinstellung erfüllt sein.

<sup>112</sup> Vgl. zu einer derart restriktiven Auslegung *Micklitz/Namysłowska*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 2020, Art. 6 UGP-RL, Rn. 64 f., die den verhaltenswissenschaftlichen Hintergrund der Regelung vollständig unter den Tisch fallen lassen.

<sup>113</sup> Hier macht gerade *EuGH*, Urt. v. 4.6.2015 – C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361, Rn. 32 ff. – Teekanne = EuZW 2015, 562 (563, Rn. 32 ff.), deutlich, dass der EuGH verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse nicht berücksichtigt – er gesteht Gestaltungselementen alleine als verschriftlichte Information Informationswert zu (etwa einer Abbildung).

<sup>114</sup> Vgl. hierzu auch *Meier*, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 274 ff., der jd. das Verhältnis der „Manipulation“ zum Machtungleichgewichtsansatz der Vorschrift unadressiert lässt.

<sup>115</sup> Vgl. Art. 2 lit. j UGP-RL. Daneben selbstverständlich auch in Fällen der Belästigung und der Nötigung, § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 3 UWG.

<sup>116</sup> Wann dies der Fall ist, scheint ungeklärt – das Kriterium ist vielmehr in Auflösung befindlich. Grds. meint ein Machtungleichgewicht – in Anlehnung an *Max Weber* – jede „realistische Chance des Gewerbetreibenden, gegenüber dem Verbraucher den eigenen Willen gegen tatsächliches oder voraussichtliches Widerstreben durchzusetzen, unabhängig davon, worauf diese Chance beruht“, *Apetz*, Verbot aggressiver Geschäftspraktiken, 2011, S. 305; so auch *Scherer*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Hrsg.), UWG, 2016, § 4a UWG, Rn. 130. Anders *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Hrsg.), UWG, 2023, § 4a UWG, 1.57, nach dem es genügt, wenn die bzw. der Unternehmer:in „im konkreten Fall in der Lage ist, auf den Verbraucher Druck auszuüben, um ihn zu einer bestimmten geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen“. Noch weiter – und damit völlig zirkulär mit der Grundvoraussetzung des UWG – *Raue*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 2020, § 4a UWG, Rn. 165: „Ein Unternehmer hat daher eine Machtposition inne, wenn er einen Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung bewegen kann, die er sonst nicht getroffen hätte“. Eben diese Zirkularität erkennt *Ohly*, GRUR 2016, 3 (5), und verteidigt sie gleichwohl: „Damit § 4 a I 2 Nr. 2 UWG nF nicht weitgehend leerläuft, muss aber die *Machtposition ausreichen, die der Unternehmer durch die Wirkung seiner Werbung gewinnt*, auch wenn damit die Definition des § 4 a I 3 UWG nF *zirkulär* wirkt“ (Hervorheb. d. Verf.). Welchen Bedeutungsgehalt das Kriterium der Machtposition so behält, ist unklar. Wesentlich scheint, dass es um die Überwindung von Widerstand geht; *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019 (1046); *Hecker*, WRP 2006, 640 (642); *Steinbeck*, WRP 2008, 865 (866). Gerade ein solcher Widerstand besteht jd. bei den meisten Formen des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten *nicht*.

teil in Aussicht stellen, um Druck auf die Verbraucher:innen auszuüben.<sup>117</sup> Eben diese enge Begrenzung auf das *in Aussicht stellen* eines Nachteils statuiert eine Hürde, die das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten nicht nimmt.<sup>118</sup> Dark Patterns wirken nicht vermittels eines (äußeren) Vor- bzw. Nachteils, mithin aufgrund eines Anreizes.<sup>119</sup> Vielmehr ist die Wirkweise innerer Natur – sie beeinflussen unmittelbar den Entscheidungsprozess.

### 3. Verhaltensökonomisch informierte, verfassungskonforme Auslegung des Lauterkeitsrechts

Die Analyse zeigt für das Lauterkeitsrecht, was bereits im Datenschutzrecht nachweisbar ist: Der gesetzliche Schutz der inneren Sphäre ist strukturell mangelhaft. Der lauterkeitsrechtliche Schutz der inneren Sphäre schafft – jedenfalls in seiner gegenwärtigen Auslegung und Anwendung – keine typisierte, ausgleichende Regelung für ungewöhnlich belastende Folgen von Übergriffen in die innere Sphäre.<sup>120</sup> Vielmehr zeigt sich im Markt – das legen die eingangs dieser Arbeit aufgeführten Befunde nahe<sup>121</sup> – eine offensichtliche Fehlentwicklung in Form des behavioristischen Marktversagens. Diese Fehlentwicklung legt zusätzlich nahe, dass das Lauterkeitsrecht seine Aufgabe nicht hinreichend erfüllt.<sup>122</sup>

Zu klären bleibt, ob eine verhaltensökonomisch informierte, verfassungskonforme Auslegung diesen Befund hinreichend abmildern kann. Ansätze hierzu gibt es bereits. Manche Stimmen versuchen, das systematische Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten im Lauterkeitsrecht zu erfassen.<sup>123</sup> So vertritt *Raue*, dass § 4a UWG vor geschäftlichen Handlungen schütze, „die das Urteilsvermögen beeinträchtigen oder eine solche Beeinträchtigung ausnutzen“<sup>124</sup>. Doch überschreitet dieser Ansatz die Wortlautgrenze der verfassungskonformen Aus-

<sup>117</sup> *Scherer*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG, 2016, § 4a UWG, Rn. 135 ff.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 2023, § 4a UWG, 1.59. Str., ob sich die Handelnden dieser Wirkung bewusst sein müssen, hierfür *ebd.*, oder objektive Zielgerichtetheit genügt; hierfür *Scherer*, GRUR 2016, 233 (239).

<sup>118</sup> I. E. auch *Denga*, ZfDR 2022, 229 (253 f.).

<sup>119</sup> Insofern geht es gerade nicht um zusätzlichen Aufwand – das übersieht in klassisch-ökonomischer Manier etwa *Fritzsche*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Hrsg.), BeckOK UWG, 2022, § 4a UWG, Rn. 136. Auch *Kühling/Sauerbaum*, CR 2022, 295 (302 f.), stellen nicht spezifisch auf die verhaltensökonomische Wirkung von Dark Patterns ab.

<sup>120</sup> I. E. beklagen auch *Martini/Kramme et al.*, VuR 2022, 123 (127), ein Schutzdefizit. Vgl. zu den entsprechenden Schwierigkeiten im U. S.-Recht, am Beispiel des „Nagging“, *Hung*, Col. L. R. 121 (2021), 2483 (2506 ff.).

<sup>121</sup> S. oben § 1 C. II. 1.

<sup>122</sup> Angelehnt an BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter.

<sup>123</sup> Neue Stimmen kommen etwa von *Hofmann*, GRUR 2022, 780 (786); *Meier*, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 274 f.; auch *Leiser/Caruana*, EuCML 2021, 237 (245 ff.), gehen in diese Richtung.

<sup>124</sup> *Raue*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 2020, § 4a UWG, Rn. 15.

legung.<sup>125</sup> Ein derart weitgehender allgemeiner Schutz präferenzgerechter Entscheidungen – wie ihn *Raue* postuliert – lässt sich unter dem Verbot aggressiver geschäftlicher Handlungen (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, S. 3 UWG) nur erreichen, wenn wesentliche Elemente des gesetzlichen Tatbestands faktisch hinweginterpretiert werden. Zum einen gilt das für das Element der Machtposition.<sup>126</sup> Nutzen Verwender:innen die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber aus, stützen sie sich gerade nicht auf eine Machtposition. Zum anderen gälte es, die Ausübung von Druck zu entgrenzen.<sup>127</sup> Denn Dark Patterns wirken nicht vermittels Drucks im Sinne einer äußeren Umgestaltung der Entscheidungssituation, die den Einzelnen Nachteile in Aussicht stellt.<sup>128</sup> Beide Entgrenzungen widersprechen dem Wortlaut des UWG.<sup>129</sup> Damit hilft die verhaltensökonomisch informierte, verfassungskonforme Auslegung nicht, das Lauterkeitsrecht strukturell dafür zu öffnen, Einflüsse auf die innere Sphäre abzuwenden. Bestehen bleibt so die Erkenntnis, dass das Lauterkeitsrecht dem Mindestschutzmaß für die innere Sphäre nicht gerecht wird. Sein gegenwärtiges Regelungsmodell zeigt sich als defizitär.

### III. Allgemeines Vertragsrecht – insbesondere § 123 Abs. 1 BGB

Schließlich ist das Vertragsrecht auf den Plan gerufen, im E-Commerce-Bereich den Schutz der (Privat-)Autonomie vor Dark Patterns zu gewährleisten. Dabei ist der E-Commerce durchzogen von Fällen, in denen Anbieter:innen auf Dark Patterns zurückgreifen, um Verbraucher:innen in ihren Entscheidungen zu lenken.<sup>130</sup>

<sup>125</sup> BVerfGE 138, 64 (93 f., Rn. 86) – Justizgewähranspruch; wobei es nicht nur auf den Wortlaut ankommt, sondern auch auf die „prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers“, *ebd.*, m. w. N. Insofern geht die *Europäische Kommission* davon aus, dass die neugefasste UGP-RL – und vermittels ihr wohl auch das darauf basierende UWG – verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse einbezogen hat; *Europäische Kommission*, Guidance UCPD, 29.12.2021, S. 39, sowie bereits *dies.*, Guidance UCPD, 4.12.2009, S. 31 f.

<sup>126</sup> In diese Richtung *Hofmann*, GRUR 2022, 780 (786); vgl. hierzu oben Dritter Teil, Fn. 116.

<sup>127</sup> *Raue*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 2020, § 4a UWG, Rn. 171, schlägt vor, dass bereits „jeder erhebliche, von außen an den Entscheidenden herangetragene Einfluss, der geeignet ist, den Entscheidungsprozess zu beeinflussen“, erfasst sein sollte.

<sup>128</sup> Eine asystematische Ausnahnevorschrift stellt insoweit Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 30 UWG, Anhang I Nr. 30 UGP-RL (Bedrohung Arbeitsplatz oder Lebensunterhalt) dar, der „moralischen Druck“ adressiert; vgl. *Fritzsche*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Hrsg.), BeckOK UWG, 2022, UWG Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 30 UWG, Rn. 3; *EuGH*, Urt. v. 18.10.2012 – C-428/11, ECLI:EU:C:2012:651, Rn. 49 – Purely Creative = EuZW 2013, 66 (70, Rn. 49).

<sup>129</sup> Die *Europäische Kommission*, Guidance UCPD, 29.12.2021, S. 99 ff., versucht hingegen, die UGP-RL breiter gegen Dark Patterns in Stellung zu bringen.

<sup>130</sup> Vgl. etwa *Martini/Drews et al.*, ZfDR 2021, 47 (47 ff.).

### 1. Mindestschutzmaß im Vertragsrecht

Zuerst gilt es, das notwendige Mindestschutzmaß im Vertragsrecht zu ermitteln. Problematisch ist insofern, dass zumindest das allgemeine Vertragsrecht verschiedene Grundrechtspositionen betreffen kann – von der allgemeinen Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) bis hin zur Vertragsfreiheit im Bereich des Ehe-, Eigentums- und Erbgrundrechts (Art. 6 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG).<sup>131</sup> Sie alle erfordern jeweils ein Mindestschutzmaß, das an die spezifische Grundrechtswertigkeit angepasst ist.<sup>132</sup> Im Bereich des E-Commerce ist gleichwohl grundsätzlich nur die allgemeine Vertragsfreiheit einschlägig. Das erforderliche Mindestschutzmaß liegt mithin – wie im Lauterkeitsrecht – im unteren Bereich. Notwendig ist alleine, dass der Staat eine typisierte, ausgleichende Regelung schafft, die ungewöhnlich belastende Folgen einer Lenkungseinwirkung verhindert.<sup>133</sup>

### 2. Überprüfung des Vertragsrechts

Im allgemeinen Vertragsrecht finden sich punktuell Regelungen, die vor dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten schützen. Ein Beispiel ist das Widerrufsrecht für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (§ 312g Abs. 1 i. V. m. §§ 312b, 355 BGB).<sup>134</sup> Das Widerrufsrecht ist für Situationen der Überrumpelung konzipiert. Damit schützt es vor den Folgen schnellen, automatischen Denkens und so generell in Situationen, die das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten begünstigen.<sup>135</sup> Zudem finden sich im Schuldrecht spezifische Regelungen hinsichtlich Voreinstellungen. So enthält § 312a Abs. 3 S. 2 BGB (zurückgehend auf Art. 22 Verbraucherrechte-RL<sup>136</sup>) seit dem Jahr 2014 ein Verbot zustimmender Voreinstellungen (sog. *Opt-outs*) für Zusatzentgelte und entgeltliche Nebenleistungen.<sup>137</sup> Diese stellen eine regulatorische Antwort auf den *Default Bias* dar.<sup>138</sup>

<sup>131</sup> Zu den verschiedenen einschlägigen Grundrechten *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR VII*, 2009, § 150, Rn. 62 ff.

<sup>132</sup> S. oben § 5 C.

<sup>133</sup> Etwas anders legt *Schäfers*, *AcP* 221 (2021), 32 (61), das erforderliche Schutzmaß fest; nach ihm geht es nur um das Ausnutzen eines „erhebliche[n] Rationalitätsdefizit[s]“.

<sup>134</sup> Hierzu grds. *Wendehorst*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker et al.* (Hrsg.), *MüKoBGB*, 2022, § 312g, Rn. 1 f.

<sup>135</sup> *Eidenmüller*, *AcP* 210 (2010), 67 (82 ff.), noch zur Haustürgeschäfte-RL. Weniger klar *Purnhagen*, in: *Mathis* (Hrsg.), *European Perspectives on BLE*, 2015, S. 51, 61 ff.

<sup>136</sup> Art. 28 Abs. 2 Richtlinie 2011/83/EU vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, *Abl. L* 304 v. 22.11.2011, S. 64 ff. (Verbraucherrechte-RL).

<sup>137</sup> Wobei die Umsetzung insofern zu Recht Kritik erfährt, als sie dem Wortlaut nach alleine für den elektronischen Geschäftsverkehr gilt, die Verbraucherrechte-RL jd. für alle Verbraucher:innenverträge Anwendung findet; s. hierzu *Wendehorst*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker et al.* (Hrsg.), *MüKoBGB*, 2022, § 312a, Rn. 67. Zugleich unterliegt auch *Wendehorst* der verbreiteten Fehlvorstellung, dass ‚ausdrücklich‘ und ‚keine *Opt-out*-Voreinstellung‘ synonyme Voraussetzungen sind, *ebd.*, Rn. 64 ff. Die Verbraucherrechte-RL legt dies zwar nahe, die *Begr. RegE*, *BT-Drs.* 17/12637, 6.3.2013, S. 53, konstruiert dies jd. zu Recht anders. Nun geht dieses

Zudem finden sich eine Vielzahl weiterer Regelungen, die den Schutz der inneren Sphäre zwar nicht systematisch angehen, ihm allerdings zuträglich sein können. Dazu gehört das BGB in seinem allgemeinen Teil: § 123 BGB schützt vor Täuschung und Drohung. Jedoch greift das Täuschungsverbot alleine dann, wenn das Gegenüber einen Irrtum der Entscheider:innen – mithin eine falsche Vorstellung über Tatsachen – erregt oder ausnutzt.<sup>139</sup> Vor dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten schützt es – wie die entsprechenden Regelungen des Datenschutz- und Lauterkeitsrechts – nicht.<sup>140</sup> Behelfslösungen, welche die zivilrechtliche Literatur etwa vermittelt der *cupla in contrahendo* (§ 311 Abs. 2 BGB) für Situationen der Überrumpelung, des Anreißens sowie des psychologischen Drucks diskutiert, belegen vielmehr eine fehlende Konzeptionalisierung verhaltensökonomischer Erkenntnisse.<sup>141</sup>

### 3. Verhaltensökonomisch informierte, verfassungskonforme Auslegung des Vertragsrechts

Das Vertragsrecht zeigt damit – nach seiner gegenwärtigen Auslegung und Anwendung – ebenfalls erhebliche Schutzlücken.<sup>142</sup> Zwar ist der Gesetzgeber bereits heute an einigen Stellen auf eine derart verstandene Schutzpflicht hin ‚unterbewusst‘ punktuell tätig geworden. Im Großen und Ganzen ist dies jedoch

---

begriffliche Verwirrspiel insofern weiter, als das Erfordernis einer „ausdrücklich[en] und gesondert[en]“ Vereinbarung (§ 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB) nach der Begr. RegE, BT-Drs. 19/27424, 9.3.2021, S. 42, *Opt-out*-Voreinstellungen ausschließen soll; so auch *Wendehorst*, in: Sacker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 2022, § 312g, Rn. 65. Gerade Reisebuchungsportale zeigen dabei anschaulich, dass eine *Opt-out*-Schaltfläche Zusatzbuchungen gleichwohl ausdrücklich und gesondert enthalten kann.

<sup>138</sup> *Testori Coggi*, Behavioural Insights, *Politico*, 13.6.2012; *Martini/Weinzierl*, RW 10 (2019), 287 (295); dies übersieht *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), DSGVO mit BDSG, 2019, Art. 7 DSGVO, Rn. 36.

<sup>139</sup> Vgl. grds. *BGH*, NJW 1999, 2804 (2806); *Armbrüster*, in: Sacker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 2022, § 123, Rn. 29.

<sup>140</sup> In diese Richtung auch *Ebers*, MMR 2018, 423 (426); *Martini/Drews et al.*, ZfDR 2021, 47 (62 f.). *Kühling/Sauerbaum*, CR 2022, 295 (299), sowie *Denga*, ZfDR 2022, 229 (246 f.), machen deutlich, dass nur solche Dark Patterns erfasst sind, die einen Irrtum hervorrufen; i. E. auch *Meier*, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 239.

<sup>141</sup> Vgl. grds. *Lorenz*, Unerwünschter Vertrag, 1997, S. 498 ff.; *Emmerich*, in: Sacker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 2022, § 311, Rn. 37 ff., der wiederum insbes. auf Informationsasymmetrien als Begründung einer vorvertraglichen Pflicht abstellt, *ebd.*, Rn. 71. Eine Anwendung der c.i.c. diskutieren nunmehr *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 659 ff., jd. in einer sehr engen Auslegung, die gerade Bedrohungen im digitalen Massengeschäft verkennt; *Ebers*, MMR 2018, 423 (426 f.), jd. auf „Rationalitätsasymmetrien“ rekurrierend; *Schäfers*, AcP 221 (2021), 32 (59 f.); *Meier*, Täuschung und Manipulation, 2022, S. 246 ff.; dezidiert a. A. *Dornis*, ZfPW 2022, 310 (335 f.).

<sup>142</sup> *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 695 ff., zeigt, wie sich weitere zivilrechtliche Institute (§§ 104 f., 138, 119, 242, 313 BGB) bei entsprechender Auslegung in Stellung bringen lassen; in diese Richtung, jedoch verhaltensökonomisch wenig stringent, auch *Denga*, ZfDR 2022, 229 (244 ff.).

nicht der Fall. Im allgemeinen Vertragsrecht bildet gerade § 123 Abs. 1 BGB eine dem Wortlaut nach sehr eng gefasste Vorschrift. Die Topoi der Täuschung und der Drohung haben einen feststehenden Bedeutungsgehalt.<sup>143</sup> Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten durch Dark Pattern unterfällt keinem der beiden Tatbestände. Der Wortlaut bildet hier eine absolute Grenze der Möglichkeit, die Vorschrift verhaltensökonomisch informiert und damit verfassungskonform auszulegen. § 123 BGB gewährt den Einzelnen keinen hinreichenden Schutz davor, dass das Gegenüber ihre Rationalitätsdefizite ausnutzt. Den umfassenden Anspruch, Selbstbestimmung zu schützen,<sup>144</sup> löst die Vorschrift gegenwärtig nicht ein. Insofern bleibt das allgemeine Vertragsrecht hinter dem zurück, was § 123 Abs. 1 BGB bereits ausweislich der Motive des BGB eigentlich erreichen soll: Den Schutz der „freie[n] Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiete“<sup>145</sup> sicherzustellen.<sup>146</sup>

#### IV. Exkurs:

##### *Gesetze über digitale Dienste (DSA) und über digitale Märkte (DMA)*

Nunmehr versprechen die Bestimmungen des Gesetzes über digitale Dienste (Digital Services Acts, DSA)<sup>147</sup> sowie des Gesetzes über digitale Märkte (Digital Markets Act, DMA)<sup>148</sup> einen weiter gehenden Schutz der inneren Sphäre. DSA wie DMA enthalten Vorschriften zu Dark Patterns, die aufzeigen, wie ein neues regulatorisches Modell auf verhaltensökonomische Einsichten reagieren kann.<sup>149</sup>

#### 1. Gesetz über digitale Dienste (DSA)

Der DSA untersagt Anbieter:innen von Online-Plattformen, ihre Online-Schnittstellen (engl. „online interfaces“, Art. 2 lit. m DSA) so zu konzipieren, organisieren oder betreiben, dass diese Nutzer:innen täuschen, manipulieren

<sup>143</sup> S. darüber hinaus *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 2022, § 123, Rn. 138, zur Analogiefähigkeit des § 123 BGB.

<sup>144</sup> S. auch *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 2022, § 123, Rn. 1.

<sup>145</sup> *Anonym.*, Motive BGB I, 1988, S. 204; *BGH*, NJW 2012, 296 (298, Rn. 28).

<sup>146</sup> Und dies nicht zwingend nur, wie *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 2022, § 123, Rn. 29, meint, als Ausdruck der „vorvertraglichen Wahrheitspflicht“. Insofern plädiert *Schäfers*, AcP 221 (2021), 32 (61), für eine Fortentwicklung der c.i.c.

<sup>147</sup> Verordnung (EU) 2022/2065 vom 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277 v. 27.10.2022, S. 1 ff. (engl. *Digital Services Act*).

<sup>148</sup> Verordnung (EU) 2022/1925 vom 14.9.2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 v. 12.10.2022, S. 1 ff. (engl. *Digital Markets Act*).

<sup>149</sup> *Mackinnon/King*, DSA, DMA and Dark Patterns, *Tech Policy Press*, 23.6.2022; *Martini/Kramme et al.*, VuR 2022, 123 (129 f.).

oder anderweitig in ihrer Fähigkeit, freie und informierte Entscheidungen zu treffen, maßgeblich beeinträchtigen oder behindern (Art. 25 Abs. 1 DSA). Entscheidend mit Blick auf das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten ist dabei das Verbot, Nutzer:innen zu manipulieren oder anderweitig ihre Fähigkeit zur freien Entscheidung maßgeblich zu beeinträchtigen. Ausweislich der Erwägungsgründe des DSA soll das Verbot gerade solche Einwirkungen untersagen, die Nutzer:innen „zu etwas [...] verleiten“ (ErwGrd. 67 S. 3 DSA).

Das in Art. 25 Abs. 1 DSA statuierte Verbot bezieht sich klar auf verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse. Die Erwägungsgründe des DSA machen dies deutlich, indem sie das Konzept des Nudging referenzieren (namentlich in der englischen Sprachfassung, Recital 67 para. 3 DSA).<sup>150</sup> Ziel des Verbots ist es so, den Entscheidungsprozess vor verhaltensökonomisch wirksamen Einwirkungen zu schützen. Entsprechend erweitern die Erwägungsgründe auf entscheidende Art, wie die Voraussetzung einer „freien“ Entscheidung zu verstehen ist. Unter dem DSA bedeutet frei nun „autonom“ (ErwGrd. 67 S. 1 DSA) – und gerade nicht mehr wie unter der DSGVO, die Abwesenheit von (absichtlicher) Täuschung oder (widerrechtlicher) Drohung.<sup>151</sup> Die Voraussetzung der ‚freien‘ Entscheidung erlangt so im Rahmen des DSA einen verhaltensökonomisch informierten Bedeutungswandel.

Zudem gilt das Verbot unabhängig von einem subjektiven Willen der Verwender:innen („darauf abgezielt *oder* tatsächlich erreicht“<sup>152</sup>, ErwGrd. 67 S. 1 DSA).<sup>153</sup> Auch ist weder erforderlich, dass die Einwirkung den Verwender:innen nutzt, noch, dass sie den Gegenübern eine Beeinträchtigung zufügt, die über den Autonomie-Schaden hinausgeht.<sup>154</sup> Dies zeigt bereits der Wortlaut des Art. 25 DSA selbst, der keine solche Einschränkung enthält. Dass der korrespondierende Erwägungsgrund insofern von „negative[n] Folgen“ (ErwGrd. 67 S. 2 DSA) für Nutzer:innen spricht, ist eine Voraussetzung, die sich im normativen Teil des DSA nicht findet. Zudem würde es dem Gedanken des Schutzes der inneren Sphäre widersprechen, wenn nur ein Einfluss untersagt wäre, der negative wirtschaftliche Konsequenzen zeitigte.<sup>155</sup>

<sup>150</sup> In dieser Richtung nun auch *Maarmar*, in: Kraul (Hrsg.), DSA, 2023, § 4, Rn. 152; *Martini/Kramme et al.*, MMR 2023, 323 (323).

<sup>151</sup> S. oben § 5 D. I. 2. a) i).

<sup>152</sup> Hervorheb. d. Verf.

<sup>153</sup> *Martini/Kramme et al.*, MMR 2023, 323 (323 f.); *Raue*, in: Hofmann/Raue/Dregelies et al. (Hrsg.), DSA, 2023, Art. 25, Rn. 93.

<sup>154</sup> I. E. wohl auch *Maarmar*, in: Kraul (Hrsg.), DSA, 2023, § 4, Rn. 152 f.; *Martini/Kramme et al.*, MMR 2023, 323 (323 f.).

<sup>155</sup> Damit rückte die Regelung in die Nähe einer dem europäischen und deutschen Recht fremden „injury-in-fact-doctrine“ bzw. „harm doctrine“ des U.S.-Rechts. Diese wiederum folgt aus der Frage, wann gerichtlicher Rechtsschutz nach Art. 3 U.S.-Verfassung geboten ist – virulent ist dies gerade in Fällen von „privacy harm“, wo streitig ist, ob für die Zulässigkeit einer Klage (sog. „standing“) ein finanzieller Nachteil erforderlich ist; vgl. hierzu jüngst *U.S. Supreme Court*, Urt. v. 25.6.2021 – No. 20–297, 594 U.S. \_\_\_\_ (2021), S. 1 ff. – *TransUnion v. Ramirez*,

Damit zeigt sich: Aufgrund seiner verhaltensökonomischen Ausrichtung vermag Art. 25 Abs. 1 DSA es, weitgehenden Schutz vor Dark Patterns zu leisten. Die Norm stellt sich dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten als solches in den Weg. Damit lässt sich der Tatbestand zu Recht als ‚Dark-Patterns-Verbot‘ beschreiben.

## 2. Gesetz über digitale Märkte (DMA)

Auch der DMA erkennt das Problem der lenkenden Gestaltung von Benutzungsoberflächen. Nach seinem Umgehungsverbot (Art. 13 DMA) ist es großen Plattformen (sog. Torwächter:innen, Art. 2 Nr. 1 DMA) untersagt, den Nutzer:innen übermäßig zu erschweren, ihre Rechte und Möglichkeiten unter dem DMA auszuüben.<sup>156</sup> Eine derartige Erschwerung liegt insbesondere darin, dass die Torwächter:innen den Nutzer:innen eine Wahlmöglichkeit nicht in einer neutralen Weise anbieten oder die Autonomie, Entscheidungsfreiheit oder freie Auswahl der Nutzer:innen durch die Struktur, Gestaltung, Funktion oder Art der Bedienung einer Benutzungsschnittstelle (engl. „user interface“) oder eines Teils davon untergraben (Art. 13 Abs. 6 Hs. 2 DMA). Hier deutet sich – gleich dem DSA – an, dass der DMA verhaltensökonomische Erkenntnisse berücksichtigt. Nichtsdestotrotz enthält der DMA kein allgemeines Dark-Patterns-Verbot gleich dem des DSA.<sup>157</sup>

## 3. Weiter gehende Implikationen des Gesetzes über digitale Dienste

Der DSA – abgeschwächt der DMA – stellen die erste grundlegende und umfassende legislative Reaktion auf die verhaltensökonomischen Erkenntnisse darüber dar, wie sich menschliche Rationalitätsdefizite ausnutzen lassen.<sup>158</sup> Dabei ist entscheidend, dass gerade der DSA „maßgebliche“ Beeinträchtigungen untersagt.<sup>159</sup> Er beugt damit solchen Einflüssen vor, die es im unteren Schutzbereich – in dem sich der überwiegende Teil der DSA-relevanten Entscheidungen abspielt – zu verhindern gilt. Eben diese Schwelle setzt auch der DMA an, wenn er übermäßige Erschwerungen untersagt. Für ihren Anwendungsbereich sind die Vorschriften damit geeignet, die Anforderungen der Kontrollnorm – für das Unionsrecht gedacht – zu erfüllen.

---

sowie die kritische Anmerkung *Anonym.*, Harv. L. Rev. 135 (2021), 333 (337 ff.); hierzu insges. *Solove/Citron*, Tex. L. Rev. 96 (2016), 737 (738 ff.); *Cofone*, U. Ill. L. Rev. 2022, 1367 (1371 ff.).

<sup>156</sup> Insofern versucht der DMA wohl einen Spagat zwischen der Übernahme der Einwilligungsvoraussetzungen der DSGVO und der Reaktion auf neue Bedrohungslagen. So hält der DMA grds. fest, dass für Einwilligungen die Voraussetzungen des Art. 4 Nr. 11 DSGVO gelten (Art. 2 Nr. 32 DMA). Auch der hierauf bezogene ErwGrd. 37 DMA weicht von der DSGVO nicht nennenswert ab.

<sup>157</sup> A. A. wohl *Martini/Kramme et al.*, MMR 2023, 399 (401).

<sup>158</sup> I. E. auch *Martini/Kramme et al.*, MMR 2023, 323 (328).

<sup>159</sup> *Raue*, in: Hofmann/Raue/Dregelies et al. (Hrsg.), DSA, 2023, Art. 25, Rn. 76 ff.

Zugleich bleiben ihre Regelungen punktuell. Beide sehen vor, dass ihre Vorgaben die DSGVO wie auch das Lauterkeitsrecht (UGP-RL) unbeeinflusst lassen (ErwGrd. 10 DSA; ErwGrd. 12 DMA). Das sog. Dark-Patterns-Verbot des DSA (Art. 25 Abs. 1 DSA) geht sogar so weit, explizit festzulegen, dass es nicht auf Praktiken anwendbar ist, die der DSGVO oder der UGP-RL unterfallen (Art. 25 Abs. 2 DSA).<sup>160</sup> Entsprechend sind beide Verordnungen nicht geeignet, dem umfassenden Schutzbedarf der inneren Sphäre auch in anderen Bereichen Genüge zu tun.

Zugleich sendet gerade Art. 25 Abs. 1 DSA eine zentrale Botschaft aus: Will der Unionsgesetzgeber auch andere Regelungsbereiche nicht formal überschreiben, so zeigt das Dark-Patterns-Verbot doch zum ersten Mal, dass der Unionsgesetzgeber die Gefahren für die Prozessautonomie erkannt hat, die das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten mit sich bringt. Dieses Signal können Gerichte und Aufsichtsbehörden in anderen Rechtsgebieten empfangen, um dort eine verhaltensökonomisch informierte Auslegung vorzunehmen. Dem Dark-Patterns-Verbot des Art. 25 Abs. 1 DSA kommt so eine Ausstrahlungswirkung für andere Rechtsbereiche zu, in denen die Freiwilligkeit von Entscheider:innen in Rede steht.<sup>161</sup>

### E. Kritik des Regelungsmodells

Die Untersuchung zeigt: Weder das Regelungsmodell des Datenschutz- noch des Lauterkeitsrechts und des allgemeinen Vertragsrechts sind gegenwärtig in der Lage, Einwirkungen auf die innere Sphäre hinreichend zu begegnen. Hierfür gibt es einen tiefer liegenden Grund: Die Regelungsbereiche lassen eine verhaltensökonomische Unterlegung vermissen. Sie richten sich an Schutzkonzepten aus, die angesichts der verhaltensökonomischen Erkenntnisse überholten sind. All diese Rechtsgebiete hängen einem Menschenbild an, wonach die Einzelnen – soweit sie die hierfür notwendige Information haben – selbstbestimmt und rational anhand ihrer Präferenzen entscheiden.<sup>162</sup> Deutlich macht dies die *Planet49*-Ent-

<sup>160</sup> Vgl. zu dem Verhältnis *Maarmar*, in: Kraul (Hrsg.), DSA, 2023, § 4, Rn. 157; *Raue*, in: Hofmann/Raue/Dregelies et al. (Hrsg.), DSA, 2023, Art. 25, Rn. 95 ff., jw. für einen weiten Geltungsausschluss; a. A. wohl *Martini/Kramme et al.*, MMR 2023, 323 (326 f.).

<sup>161</sup> In die Richtung einer Ausstrahlungswirkung auch *Dregelies*, MMR 2023, 243 (246 ff.); *Raue*, in: Hofmann/Raue/Dregelies et al. (Hrsg.), DSA, 2023, Art. 25, Rn. 8, 103. Anders *Schwamberger*, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 2023, § 10, 87 ff., der eine solche nicht erkennt.

<sup>162</sup> Der bereits angesprochene Schutz vor „Informationsermüdung“, wohl angelehnt an „information overload“, *Roetzel*, Business Research 12 (2019), 479 (481 ff.), bestätigt diesen Befund paradigmatisch; vgl. *Straetmans*, EuCML 2016, 199 (207 f.), zur UGP-RL. Grund für eine Informationsermüdung sind alleine fehlende Ressourcen, also begrenzte Rationalität i. S. v. Transaktionskosten, nicht jd. Rationalitätsdefizite bei der Verarbeitung aufgenommener Information; so *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 108 ff. Zu einem verhaltensökonomischen Erklärungsansatz vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 35.

scheidung des EuGH: Nach ihr versetzen klare und umfassende Informationen „den Nutzer in die Lage [...], die Konsequenzen einer [...] Einwilligung leicht zu bestimmen“<sup>163</sup>. Das Menschenbild des aufzuklärenden, gleichwohl rationalen *homo oeconomicus* bildet die Grundlage für das datenschutz- und lauterkeitsrechtliche, wie auch für das vertragsrechtliche, Regelungsmodell.<sup>164</sup> Dahinter steht die Annahme, die Einzelnen könnten Information nach probabilistischen Regeln und ohne Kapazitätsengpässe verarbeiten.<sup>165</sup> Entsprechend begrenzt sind – *de lege lata* – die Möglichkeiten, die innere Sphäre und damit die Prozessautonomie der Einzelnen vor Einwirkungen wie etwa Dark Patterns zu schützen.

Neben dem Schutzdefizit auf individueller Ebene zeigt sich ein Schutzdefizit auf makroökonomischer Ebene. Das Lauterkeitsrecht begegnet im Grunde nur zwei Formen des Marktversagens: Mit dem Irreführungsverbot etabliert es einen gegen das Marktversagen der Informationsasymmetrie gerichteten Schutztatbestand, das Verbot aggressiver geschäftlicher Handlungen adressiert das Marktversagen der Marktmacht.<sup>166</sup> Außen vor bleibt das behavioristische Marktversagen – ihm tritt das Lauterkeitsrecht strukturell nicht entgegen. Auf makroökonomischer Ebene setzt sich so fort, was auf der individuellen Ebene gilt: Das Recht hängt veralteten Annahmen über makroökonomische Zusammenhänge an. Es denkt vom *homo oeconomicus* aus und berücksichtigt entsprechend nur Informationsasymmetrien und Marktmacht als Fälle eines Marktversagens.

Zusammengefasst zeigt sich, dass das Recht verhaltensökonomische Erkenntnisse bisher unzureichend verarbeitet. Es berücksichtigt weder, dass der Mensch individuell den Rationalitätserwartungen der klassischen Ökonomie nicht entspricht, noch auf makroökonomischer Ebene, dass dies eine weitere Form des Marktversagens zur Folge hat. Eine Ausnahme hierzu bilden alleine der neu erlassene DSA sowie DMA – beiden kommt eine verhaltensökonomische Anstoßwirkung auch für andere Rechtsbereiche zu.

## F. Zusammenschau des § 5

Die grundrechtliche Schutzpflicht für die innere Sphäre und damit die notwendige Konkordanzbildung wirkt zuvorderst als Kontrollnorm: Sie liefert den

<sup>163</sup> *EuGH*, Urt. v. 1.10.2019 – C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, Rn. 74 – Planet49 = NJW 2019, 3433 (3437, Rn. 74). S. auch *EuGH*, Urt. v. 5.5.2011 – C-543/09, ECLI:EU:C:2011:279, Rn. 58 – Deutsche Telekom = EuZW 2011, 484 (487, Rn. 58).

<sup>164</sup> Hierzu *Achilles*, *Homo Oeconomicus*, 2020, S. 135 ff. Zum Verbraucher:innenschutzrecht *Weber*, *VuR* 2020, 9 (14 f.); *dies.*, *ZRP* 2020, 98 (99 f.). Gleichwohl sehen manche Autor:innen bereits erste positive Signale in der *EuGH*-Rechtsprechung; *Schebesta/Purnhagen*, *Eur. L. Rev.* 41 (2016), 590 (590 ff.); *Straetmans*, *EuCML* 2016, 199 (209); *Purnhagen*, *Eur. J. Risk Reg.* 8 (2017), 437 (438 ff.).

<sup>165</sup> Vgl. grds. auch *Helleringer/Sibony*, *Col. J. Eur. L.* 23 (2017), 607 (623 ff.).

<sup>166</sup> S. hierzu oben § 5 D. II. 2.

Maßstab dafür, ob der Staat das Mindestmaß an erforderlichem Schutz bereitgestellt hat. Mit Blick auf die Kontrollnorm zeigt sich, dass das Recht nicht nur rechtspolitisch aufgerufen, sondern grundrechtlich gezwungen ist, das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten und damit Dark Patterns wirksam zu begrenzen. Ob ihrer belegten Wirksamkeit und Verbreitung begründen Dark Patterns eine hinreichend große Gefahr für die innere Sphäre der Grundrechte, um die Kontrollnorm auszulösen.

Dabei ist für den jeweiligen Entscheidungskontext das Minimum an erforderlicher Prozessautonomie zu ermitteln, das der Staat – insbesondere der Gesetzgeber – zu garantieren hat. Hierfür fehlt es der Verfassung an klaren Vorgaben. Jedenfalls der Rechtsprechung des BVerfG zu Einwirkungen auf die Entscheidungsfreiheit lässt sich gleichwohl ein grundrechtlicher Rahmen entnehmen. Mit Blick auf die drohende Schadensschwere – allen voran das betroffene Grundrecht – gilt ein relativer Maßstab gleich einer Autonomie-Skala: Je bedeutender die betroffene Entscheidung, desto mehr Prozessautonomie ist zu garantieren. Im unteren Bereich, etwa bei der allgemeinen Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), genügen typisierende, ausgleichende Regelungen, die ungewöhnlich belastende Folgen einer Lenkungseinwirkung verhindern. Im mittleren Bereich, etwa betreffend das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), muss der Staat vor Einwirkungen schützen, welche die innere Sphäre nachhaltig zu beeinflussen drohen. Im oberen Schutzbereich, etwa betreffend die Suizidentscheidung (Art. 2 Abs. 2 GG), muss der Staat nahezu alle Einwirkungen abwenden, die geeignet sind, eine reflektierte, abwägende Entscheidung wesentlich zu beeinträchtigen.

Angewendet auf das Regelungsmodell des Datenschutzes-, Lauterkeits- wie allgemeinen Vertragsrechts ist die Diagnose eindeutig: Gesetzliche Regelungen und Regelungsmodelle, die die innere Sphäre gezielt schützen, sind bisher Mangelware. Die verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnisse dazu, wie die innere Sphäre bedroht ist, haben noch keinen hinreichenden Eingang in Gesetze gefunden. Anschaulich lässt sich dies bei dem Datenschutzrecht feststellen. Sein Regelungsmodell erreicht – in der gegenwärtigen Auslegung und Anwendung – nicht das Schutzniveau, das nach dem Untermaßverbot zum Schutz des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung erforderlich ist. Insbesondere die Einwilligungsvoraussetzungen der Freiwilligkeit, Informiertheit und Unmissverständlichkeit (Art. 4 Nr. 11 DSGVO) tragen Bedrohungen für die innere Sphäre nicht ausreichend Rechnung. Gleiches gilt für das Lauterkeitsrecht wie das allgemeine Vertragsrecht.

Auch wenn das einfache Recht die innere Sphäre nicht adäquat schützt, existieren erste Anzeichen für einen Gewinn an Schutz. So bestehen mit Opt-out-Verboten – etwa der DSGVO (i. V. m. TTDSG) – erste verhaltensökonomisch informierte Regulierungen, die die Einzelnen davor schützen, dass das Gegenüber ihre Rationalitätsdefizite ausnutzt. Dies gilt gerade für das jüngst erlassene

Dark-Patterns-Verbot des DSA (Art. 25 Abs. 1 DSA). Die grundsätzlichen Defizite in anderen Regelungsbereichen kann dies jedoch nicht übertünchen.

Zugleich zeigen sich bestehende Regelungen trotz dieser Schutzdefizite teilweise offen für eine verhaltensökonomisch informierte Auslegung, die die Schutzpflicht hinsichtlich der inneren Sphäre berücksichtigt. Das Dark-Patterns-Verbot des DSA (Art. 25 Abs. 1 DSA) gibt hierfür einen zusätzlichen Auslegungsimpuls. Dies gilt gerade im Datenschutzrecht. Dort ist das Kriterium der Freiwilligkeit so auszulegen, dass ein ‚nachhaltiger Einfluss‘ auf die Entscheidungsfindung dazu führt, dass die Einwilligung unfreiwillig und damit unwirksam ist. Im Lauterkeitsrecht, vor allem aber im allgemeinen Vertragsrecht verhindert der Wortlaut der Vorschriften eine verfassungskonforme Auslegung zum Schutz der inneren Autonomie.

Für die diagnostizierten Schutzausfälle gibt es einen tiefer liegenden Grund. Die untersuchten Rechtsgebiete richten sich am Ideal rational entscheidender Menschen aus: dem *homo oeconomicus*. Da der so konzipierte Mensch über volle Rationalität verfügt, bedarf er keines Schutzes vor dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten. Gerade das Lauterkeitsrecht vernachlässigt es so, auf makroökonomischer Ebene dem behavioristischen Marktversagen zu begegnen. Orientiert sich das Recht an einem idealisierten Leitbild, verstellt dies den Blick dafür, welche realen Bedrohungen der Autonomie und präferenzgerechten Entscheidung bestehen.<sup>167</sup> Verschließt der Gesetzgeber jedoch die Augen vor der Realität, führt dies zu einem potenziellen Verfassungsbruch. Denn der Schutz vor dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten ist *keine* „im Wesentlichen [...] rechtspolitische Entscheidung“<sup>168</sup>. Vielmehr entspringt dem Verfassungsrecht – wie die vorliegende Arbeit zeigt – eine Schutzpflicht für die innere Sphäre. Dieser Schutzpflicht wird das Recht gegenwärtig nicht gerecht. Der Gesetzgeber muss so selbst das Heft des Handelns ergreifen und spezifischen Schutz vor dem Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten etwa durch Dark Patterns etablieren.<sup>169</sup> Wie dies genau aussehen könnte, ergründet das folgende Kapitel.

<sup>167</sup> Für ein neues Leitbild der „digital vulnerability“ im Lauterkeitsrecht *Helberger/Micklitz et al.*, in: *Helberger/Lynskey/Micklitz et al.* (Hrsg.), *EU Consumer Protection 2.0*, 2021, S. 1, 14 ff.; *Helberger/Sax et al.*, *J. Cons. Pol.* 45 (2022), 175 (182 ff.) – die zugleich die wesentliche Erkenntnis, dass die Rationalitätserwartung des gegenwärtigen Rechts die Ursache der Beeinflussbarkeit ist, zu verdrängen scheinen.

<sup>168</sup> *Raue*, in: *Heermann/Schlingloff* (Hrsg.), *MüKoUWG*, 2020, § 4a UWG, Rn. 18; Hervorheb. weggelassen.

<sup>169</sup> Zum daneben denkbaren Weg der Selbstregulierung, etwa unter dem Dach des Art. 40 DSGVO, vgl. *Grafenstein/Hölzel et al.*, *Nudging*, 2018, S. 104 ff.

## § 6 Handlungsnorm: Optimierung des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte

Neben der Kontrollnorm drückt sich die grundrechtlich geforderte Konkordanzbildung in einer Handlungsnorm aus. Hiernach hat der Gesetzgeber innerhalb seines Gestaltungsfreiraums – mithin in gerichtlich nicht nachprüfbarer Weise – den Schutz sich überlagernder Grundrechtspositionen zu optimieren (unten A.). Hierzu sollen eingangs noch einmal die zu optimierenden Grundrechtspositionen erfasst werden (unten B.). Um die Optimierung weiter zu strukturieren, hilft eine verfassungsökonomische Bewertung (unten C.). Sodann gilt es, die gewonnenen Maßstäbe auf den Schutz vor Dark Patterns anzuwenden (unten D.).

### A. Konkordanz als Handlungsnorm

In dem Spielraum, den die Kontrollnorm dem Gesetzgeber belässt, wirken die Grundrechte als *Handlungsmaßstab*. Sie geben dem Gesetzgeber auf, sich überlagernde Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu erfassen.<sup>170</sup> Dabei legen die Grundrechte die Leitlinien fest, nach denen der Gesetzgeber sich überlagernde Grundrechtspositionen auszugleichen hat: Dem Grundsatz der praktischen Konkordanz folgend, muss er die Grundrechte aller Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden lassen.<sup>171</sup> Insofern verlangt die Handlungsnorm dem Gesetzgeber eine Optimierungsleistung ab.<sup>172</sup> Das folgende Kapitel widmet sich der Frage, wie der Gesetzgeber diesem Auftrag am besten nachkommen kann.<sup>173</sup>

### B. Zu optimierende Grundrechtspositionen

Steht eine Schutzpflicht für die innere Sphäre in Rede, sind – wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat – im Rahmen der Optimierung drei Grundrechts-

---

<sup>170</sup> BVerfGE 152, 152 (185, Rn. 76) – Recht auf Vergessen I, m. w. N., wobei das BVerfG von „kollidierenden Grundrechtspositionen“ spricht.

<sup>171</sup> BVerfGE 152, 152 (185, Rn. 76) – Recht auf Vergessen I, m. w. N.

<sup>172</sup> BVerfGE 83, 130 (143) – Josefine Mutzenbacher; hierzu grds. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2020, S. 75 ff.; *Azevedo Palu*, Spielräume und Kompetenzen, 2019, S. 89 ff.; *Klein*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 1995/I, 1995, S. 81, 94; *Klement*, JZ 2008, 756 (758 f.); *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 207 f.

<sup>173</sup> Dabei soll der Fokus auf dem Gesetzgeber, weniger den anderen Staatsgewalten liegen. Jedoch trifft diese Aufgabe auch die Verwaltung, soweit dieser ein Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zukommt; vgl. etwa *BVerfG*, NJW 2002, 1638 (1638) – Mobilfunkanlage. S. auch *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 82 f., der gleichwohl die gerade im Datenschutzrecht bedeutende Exekutive nicht adressiert.

positionen vorrangig zu berücksichtigen: das Recht der Betroffenen auf Schutz gegen Übergriffe in ihre innere Sphäre (unten I.), die Grundrechte der Übergreifer:innen (unten II.) sowie ein eventueller Eingriff durch Schutzmaßnahmen in die Grundrechte der Betroffenen (unten III.). All diese Grundrechtspositionen hat der Staat entsprechend ihrer Bedeutung derart in Bezug zu bringen, dass sie sich größtmöglich entfalten können.

### I. Übergriff in die innere Sphäre – Schutzrecht der Betroffenen

Ausgangspunkt des Ausgleichs, den der Gesetzgeber vorzunehmen hat, ist der Übergriff in die innere Sphäre und die damit verbundene „Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung“<sup>174</sup>. Maßgebliche Kriterien zur Ermittlung der Intensität wiederum sind die Wertigkeit des betroffenen Grundrechts sowie der Wirkungsgrad des Übergriffs.<sup>175</sup> Am Beispiel von Dark Patterns lässt sich dies verdeutlichen. Sie betreffen zumeist Grundrechte im unteren und mittleren Wertigkeitsbereich.<sup>176</sup> Oft greifen Dark Patterns alleine in die allgemeine Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) über. Dies gilt gerade im kommerziellen Bereich. Wenn hingegen besondere personenbezogene Daten berührt sind, etwa über die sexuelle Identität, die Religionsangehörigkeit oder politische Einstellungen, ist darüberhinausgehend das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), gegebenenfalls in Verbindung mit etwa der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), betroffen – mithin ein mittlerer bis hoher Wertigkeitsbereich. Der Wirkungsgrad des Übergriffs richtet sich nach dem Wirkungsgrad der eingesetzten Dark Patterns. Dieser kann sehr hoch sein: Wie die verhaltenswissenschaftlichen Untersuchungen zeigen, reicht er im Einzelfall bis an eine fast absolute Lenkung heran.<sup>177</sup>

### II. Schutzzeingriff – Grundrechte der Verwender:innen

Demgegenüber stehen die Grundrechte der Verwender:innen. Beeinflussen sie durch Dark Patterns den Entscheidungsprozess anderer und nutzen so deren Rationalitätsdefizite aus, genießen sie den Schutz spezifischer Freiheitsgrundrechte.<sup>178</sup> Begrenzt der Staat diese Freiheit, um die innere Sphäre der Betroffenen

<sup>174</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008 (2009) – Ebenbürtigkeitsklausel/Hohenzollern.

<sup>175</sup> S. hierzu oben § 5 C. I. Eben diesen Ansatz wählt das BVerfG, wenn es Übergriffe in die Entscheidungsfreiheit (das BVerfG spricht von „Entschließungsfreiheit“) bewertet; vgl. BVerfG, NJW 2004, 2008 (2010) – Ebenbürtigkeitsklausel/Hohenzollern. Hier stellt das BVerfG darauf ab, dass die „Intensität“ nach dem Wirkungsgrad des Anreizes (hier: Wert des Nachlasses) sowie dem „Bedeutungsgehalt des Grundrechts“, *ebd.*, zu ermessen ist.

<sup>176</sup> Vgl. die Bewertung des Mindestschutzmaßes, oben § 5 D. I. 1., II. 1., III. 1.

<sup>177</sup> Oben § 1 A. III. 3. a), V. 2. c).

<sup>178</sup> Oben § 4 A. II.

zu schützen, greift er in die Grundrechte der Verwender:innen ein.<sup>179</sup> Dieser Schutzeingriff ist ebenfalls nach seiner Intensität zu bewerten, also der Wertigkeit des betroffenen Grundrechts und seinem Wirkungsgrad.<sup>180</sup>

Maßnahmen gegen Dark Patterns, stellen – je nach Ausgestaltung – klassische oder moderne Grundrechtseingriffe dar.<sup>181</sup> Sie verkürzen zuvorderst die allgemeine Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der Verwender:innen. Insofern betreffen sie ein Grundrecht im unteren Wertigkeitsbereich. Die Eingriffsintensität hängt stark von der jeweiligen Schutzmaßnahme ab. Generell gilt aber, dass selbst ein Verbot von Dark Patterns nur verhältnismäßig gering in die Grundrechte eingreift. Es untersagt zwar eine gewisse Handlung. Jedoch lässt das Verbot die Freiheit, Inhalt und Form von Verträgen zu gestalten, weitestgehend unberührt. Die Intensität des Schutzeingriffs ist bei Maßnahmen gegen Dark Patterns mithin zumeist gering.<sup>182</sup> Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Verwender:innen die Schutzmaßnahme durch eigenes Verhalten veranlassen – dies ist geeignet, die zu berücksichtigende Eingriffsintensität zu relativieren.<sup>183</sup> Vorliegend greifen die Verwender:innen von Dark Patterns in die innere Sphäre der Nutzer:innen über. Die Intensität des Schutzeingriffs ist so abermals verringert.

### III. Eingriff durch Schutzmaßnahmen – Abwehrrechte der Geschützten

Schließlich gilt es, den Eingriff durch Schutzmaßnahmen auf Seite der Geschützten in die Konkordanzbildung einzustellen. Zwei Aspekte sind dabei besonders bedeutend. Zum einen können Schutzmaßnahmen etwa gegen Dark Patterns negative Effekte für Geschützte hervorrufen.<sup>184</sup> Derartige Schutzmaßnahmen belasten die Geschützten zumeist in demselben Grundrecht, das der Staat zu schützen versucht – jedoch in unterschiedlichen Sphären: Der private Übergriff erfolgt auf die innere Sphäre, die staatliche Schutzmaßnahme greift in die äußere Sphäre ein. Dies betrifft Maßnahmen, die die Folgen einer durch Dark Patterns hervorgerufenen Entscheidung begrenzen. So verkürzt eine Nichtigkeitsanordnung die Vertragsfreiheit aller Betroffenen. Ein De-Biasing greift potenziell in die innere Sphäre aller Betroffenen ein. Zum anderen sind die Nachteile der überschießend Betroffenen (*False Positives*) einzustellen und mit

<sup>179</sup> Vgl. auch BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter.

<sup>180</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008 (2010) – Ebenbürtigkeitsklausel/Hohenzollern, legt diesen Bewertungsmaßstab an.

<sup>181</sup> S. oben § 4 B.

<sup>182</sup> Sie entspricht – vergleichend gesprochen – dem Verbot des Reitens im Walde; s. hierzu BVerfGE 80, 137 (154 f.) – Reiten im Walde.

<sup>183</sup> BVerfGE 148, 40 (54, Rn. 36) – LFGB.

<sup>184</sup> Vgl. oben § 3 C. II. 1.

den Vorteilen der erfolgreich Geschützten abzuwägen.<sup>185</sup> Denn Maßnahmen gegen Dark Patterns können solche Entscheider:innen besonders treffen, die nicht schutzbedürftig waren.

#### IV. Ergebnis

Die Handlungsnorm fordert dem Gesetzgeber ab, alle betroffenen Grundrechtspositionen zu berücksichtigen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt die notwendige Optimierung eine intrikate Abwägungsleistung dar: Der Staat ist nicht nur einer Seite verpflichtet, sondern schuldet zwei Seiten grundrechtlichen Schutz. Er hat einen Ausgleich zu vollziehen, „bei dem die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen [Seite] in Einklang zu bringen“<sup>186</sup> ist. Entscheidend für den Gesetzgeber ist, alle Belange einzustellen und sie entsprechend der jeweiligen Wertigkeiten und Schadenspotenziale auszutarieren. Hier kann es nicht genügen, die Antwort durch Verweis darauf, dass dies „naturgemäß schwer“<sup>187</sup> sei, faktisch zu verweigern. Aufgabe der Verfassungsrechtswissenschaft ist es, klare Handlungsempfehlungen bereitzustellen.

#### C. Verfassungsökonomische Bewertung

Die Frage, wie der Gesetzgeber die involvierten Interessen optimal ausgleichen kann, lässt sich aus einer ökonomischen Warte betrachten. Dieser Ansatz erweist sich gerade deswegen als gewinnbringend, da Verfassungsrecht wie Ökonomie gegenüber Dark Patterns einen Regulierungsbedarf sehen: das Verfassungsrecht aufgrund von Schutzpflichten, die Ökonomie, da Dark Patterns ein behavioristisches Marktversagen auslösen. Die Ökonomie erkennt so – parallel zur verfassungsrechtlichen Bewertung – einen Anlass, regulierend in den Markt einzugreifen. Aus Sicht der Ökonomie ist eine Kosten-Nutzen-Bewertung dafür entscheidend, ob bzw. in welcher Form der Staat regulieren sollte. Ökonomisch angezeigt sind Interventionen, die eine (Kaldor-Hicks-)effizientere Verteilung evozieren.<sup>188</sup> Erforderlich ist, dass sich das Marktgeschehen aufgrund der Intervention derart verändert, dass der aggregierte Nutzen die aggregierten Kosten überwiegt – der Erwartungsnutzen der Intervention mithin positiv ist.<sup>189</sup>

<sup>185</sup> S. oben § 3 C. II. 2.

<sup>186</sup> BVerfGE 152, 152 (185, Rn. 76) – Recht auf Vergessen I, m. w. N.

<sup>187</sup> *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 158, der sich darauf zurückzieht, dass es sich um nur „mit Blick auf die konkrete Fallgestaltung zu lösende [...] Schwierigkeiten“ handle.

<sup>188</sup> *Zamir*, Va. L. Rev. 84 (1998), 229 (233 ff.); s. auch *Sunstein*, U. Chi. L. Rev. 53 (1986), 1129 (1173); *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 153 ff.

<sup>189</sup> S. oben § 1 C. III.

### I. Modell zur Bewertung des Erwartungsnutzens einer Intervention

Ein hilfreiches Modell, um den Erwartungsnutzen einer Intervention zu bewerten, liefert *Zamirs* ‚Simple Model‘.<sup>190</sup> *Zamirs* Ansatz entstammt der Paternalismus-Debatte: Er ergründet, wie sich Effizienz und Paternalismus miteinander vereinbaren lassen. Neben seinen – nicht durchgängig überzeugenden – qualitativen Argumenten liefert er eine Methode dafür, die Effizienz paternalistischer Maßnahmen zu bewerten. Zentrale Frage ist nach seinem ‚Simple Model‘, ob der Erwartungsnutzen einer staatlichen (paternalistischen) Intervention, die kognitive Defizite ausgleichen will, positiv ist. *Zamirs* Ansatz lässt sich zugleich auf nicht-paternalistisch motivierte Interventionslagen übertragen. Denn eine Kosten-Nutzen-Bewertung von Interventionen entspricht allgemeinen ökonomischen Überlegungen zur Intervention bei Marktversagen.<sup>191</sup>

#### 1. Ausgangslage: Entscheidung unter stark wirkenden Dark Patterns

Grundlage des ‚simple Model‘ ist die Annahme, dass in einer gewissen Situation zwei (Handlungs- bzw. Entscheidungs-)Optionen ( $X, Y$ ) bestehen, zwischen denen alle Entscheider:innen wählen können. Dabei ist für alle Entscheider:innen jeweils eine der Optionen ( $X$  oder  $Y$ ) präferenzgerecht(-er), mithin die (ökonomisch) korrekte Wahl.<sup>192</sup>

In dieser Situation hat jede Option ( $X, Y$ ) einen Nutzen ( $U$ , *utility*)<sup>193</sup>. Dieser Nutzen ( $U_{x,y}$ ) ist die Summe aus dem (positiven) Nutzen ( $G$ , *gain*) der korrekten Wahl der Alternative ( $X, Y$ ) multipliziert mit ihrer Wahrscheinlichkeit ( $P_g$ , *probability*) sowie dem (negativen) Nutzen ( $L$ , *loss*) der inkorrekten Wahl der Alternative ( $X, Y$ ) multipliziert mit ihrer Wahrscheinlichkeit ( $P_l$ ).<sup>194</sup> Dabei wiederum ist der (positive) Nutzen ( $G$ ) der korrekten Wahl der Alternative ( $X, Y$ ) die Differenz zwischen dem Nutzen (Gewinn) der ‚richtigen‘, nutzenmaximierenden Entscheidung und dem Nutzen (Verlust) der ‚falschen‘ Entscheidung;

---

<sup>190</sup> *Zamir*, Va. L. Rev. 84 (1998), 229 (256 ff.); kurze Zusammenfassung auch bei *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 145 ff.

<sup>191</sup> *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 78.

<sup>192</sup> Das Modell gründet sich dabei auf einige zentrale Annahmen: Zum einen geht es von einem vollständig kompetitiven Markt aus, d. h. etwa ohne Informationsdefizite und Transaktionskosten. Zum anderen nimmt das Modell an, dass Menschen Nutzenmaximierer:innen sind. Einzige Abweichung von der REMM-Hypothese ist, dass die Menschen manchmal nicht voll-rational entscheiden und hieraus Nutzenverluste entstehen. Zudem geht es davon aus, dass die Menschen feststehende Präferenzen haben, entspricht also der *Thin conception of RCT*; s. oben § 1 A. I. 1. Diese wahren Präferenzen (*ideal preferences*) unterscheiden sich dabei von den gegenwärtigen Präferenzen (*actual preferences*); *Zamir*, Va. L. Rev. 84 (1998), 229 (235). Man kann auch von Präferenzen erster und zweiter Ordnung sprechen, s. oben Erster Teil, Fn. 209.

<sup>193</sup> S. oben zur Nutzentheorie bei Entscheidungen § 1 A. I. 1.

<sup>194</sup> Vernachlässigt werden hier externe Kosten der Intervention, insbes. also die entgangenen Gewinne der anderen Seite; vgl. hierzu *Zamir*, Va. L. Rev. 84 (1998), 229 (277 ff.).

für den (negativen) Nutzen ( $L$ , *loss*) gilt dies *vice versa*.<sup>195</sup> Folgende Formel stellt dies dar:

$$U_y = P_g G + P_l L$$

Ein Beispiel zur Auswahl einer Cookie-Einstellung kann die Überlegungen zur Nutzenbewertung verdeutlichen: Im Internet stehen Menschen oft vor der Wahl, Cookies zuzustimmen ( $Y$ ) oder abzulehnen ( $X$ ). Dabei ist die Entscheidung für Cookies dann richtig, wenn Menschen ihr Interesse etwa an personalisierten Angeboten hoch gewichten, falsch, wenn sie ihren Datenschutz hoch gewichten. In dieser Situation verspricht eine richtige Entscheidung für Cookies einen (Personalisierungs-)Vorteil (angenommener Nutzen: 3), eine falsche Entscheidung für Cookies hat einen (Datenschutz-)Nachteil (-5) zur Folge. Hingegen ist eine richtige Entscheidung gegen Cookies kostenneutral (0) (kein Datenschutznachteil, aber auch kein Personalisierungsvorteil), eine falsche Entscheidung gegen Cookies verursacht einen (Personalisierungs-)Nachteil (-3).<sup>196</sup> Angenommen werden soll, dass (sogar) 30% der Entscheider:innen personalisierte Angebote bevorzugen – deutlich mehr als *in realitas* Tracking im Internet auswählen würden (etwa 3%).<sup>197</sup>

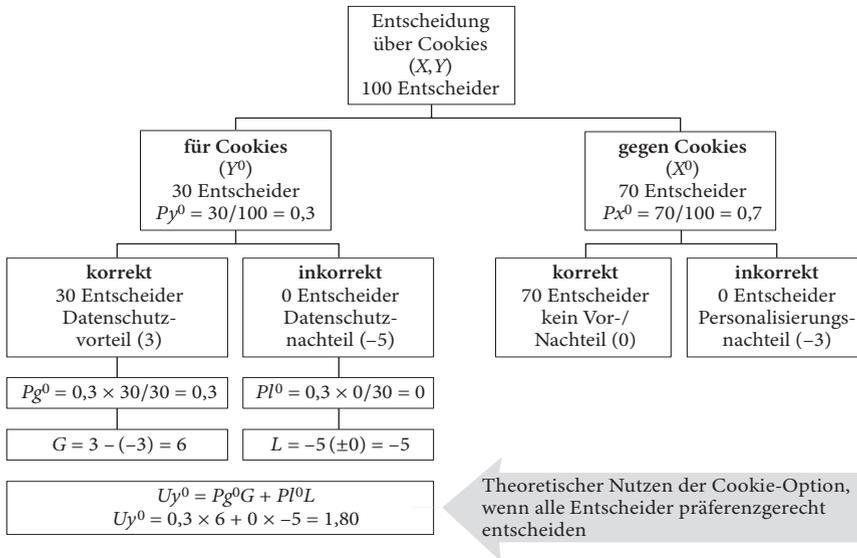
#### a) Voll-präferenzgerechte Entscheidungen

Wählten von 100 Entscheider:innen alle entsprechend ihrer Präferenzen aus, mithin 30 die Option ‚Cookies auswählen‘ ( $Y$ ), berechnet sich der Erwartungsnutzen der ‚Cookies auswählen‘-Alternative ( $U_y^0$ ) wie folgt: Die Wahrscheinlichkeit einer richtigen Entscheidung für Cookies ( $P_g$ ) ist  $0,3 \times (30/30) = 0,3$ , einer falschen Entscheidung für Cookies ( $P_l$ ) ist  $0,3 \times (0/30) = 0$ . Der Nutzen einer richtigen Entscheidung für Cookies ( $G$ ) ist der Personalisierungsvorteil (3) abzüglich des Personalisierungsnachteils (-3), mithin:  $3 - (-3) = 6$ . Der Nutzen einer falschen Entscheidung für Cookies ( $L$ ) ist der Datenschutznachteil (-5) abzüglich des (hier nicht vorhandenen) Vorteils (0) einer Entscheidung gegen Cookies, mithin  $-5 - 0 = -5$ . Der Nutzen der ‚Cookies auswählen‘-Alternative ( $U_y^0$ ) ist folglich ( $P_g G + P_l L$ ) ( $0,3 \times 6 + 0 \times (-5)$ ), also  $1,8 + (0) = 1,8$  – mithin ein Effizienzgewinn. *Darstellung 1* (S. 227) veranschaulicht dies.

<sup>195</sup> Beide können theoretisch positiv oder negativ sein; damit eine Intervention aber Sinn macht, muss zumindest eine negativ sein, mithin der Verlust ( $L$ ). Hier abweichend von *Zamir*, der den Nutzengewinn aus der Abschaffung betrachtet, nicht den eigentlichen Nutzen.

<sup>196</sup> Zur Veranschaulichung werden hier Werte verwendet, die relativ zueinander die Wertigkeit der Entscheidungsergebnisse ausdrücken.

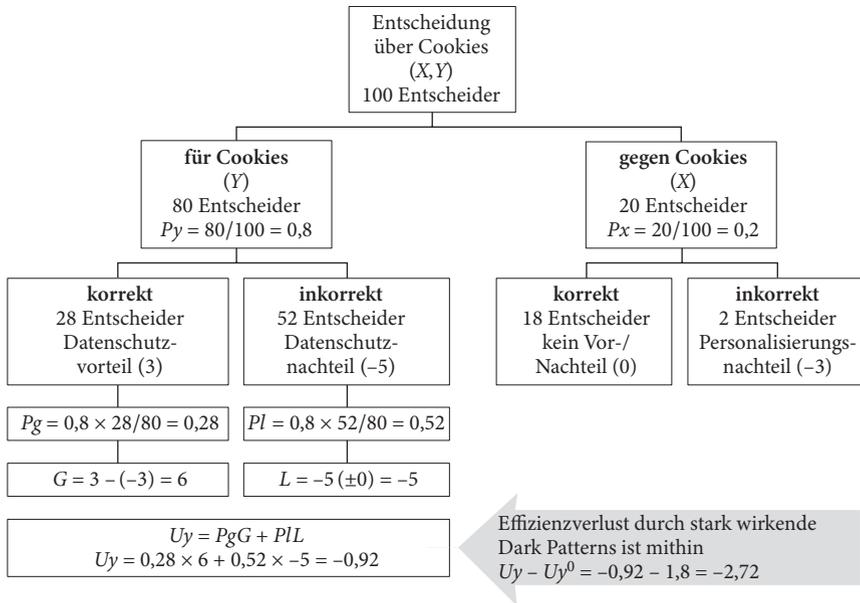
<sup>197</sup> *Ryan*, Consent to Tracking, *Assorted Materials*, 12.9.2017.



Darstellung 1

b) Einfluss starker Dark Patterns

Wirken nun starke Dark Patterns (wie eine Voreinstellung) auf die Entscheider:innen ein, führt dies dazu, dass mehr Entscheidungen zu Gunsten von Cookies ausfallen. Statt 30 % entscheiden sich so 80 % für Cookies ( $P_Y$ ) (80 von 100 Entscheider:innen). In dieser Gruppe sind fast alle Cookie-Bevorzuger:innen (28 von 30), denn sie treffen gerade unter dem Einfluss stark wirkender Dark Patterns – mit einzelnen Ausreißern – eine präferenzgerechte Entscheidung. Doch verleiten die starken Dark Patterns auch die meisten Datenschutz-Bevorzuger:innen zu einer Einwilligung (52 von 70 Entscheider:innen). Die Wahrscheinlichkeit einer richtigen Entscheidung für Cookies ( $P_G$ ) ist damit  $0,8 \times (28/80) = 0,28$ , die Wahrscheinlichkeit einer falschen Entscheidung für Cookies ( $P_L$ ) ist  $0,8 \times (52/80) = 0,52$ . Unverändert ist der Nutzen einer richtigen Entscheidung für Cookies ( $G = 6$ ) wie auch der Nutzen (d. h. Verlust) einer falschen Entscheidung für Cookies ( $L = -5$ ). Der Nutzen der Y-Alternative ( $U_Y$ ) ist nun folglich ( $P_G G (0,28 \times 6) + P_L L (0,52 \times -5)$ ), also  $1,68 + (-2,60) = -0,92$  – mithin ein Effizienzverlust. *Darstellung 2* (S. 228) veranschaulicht dies.



Darstellung 2

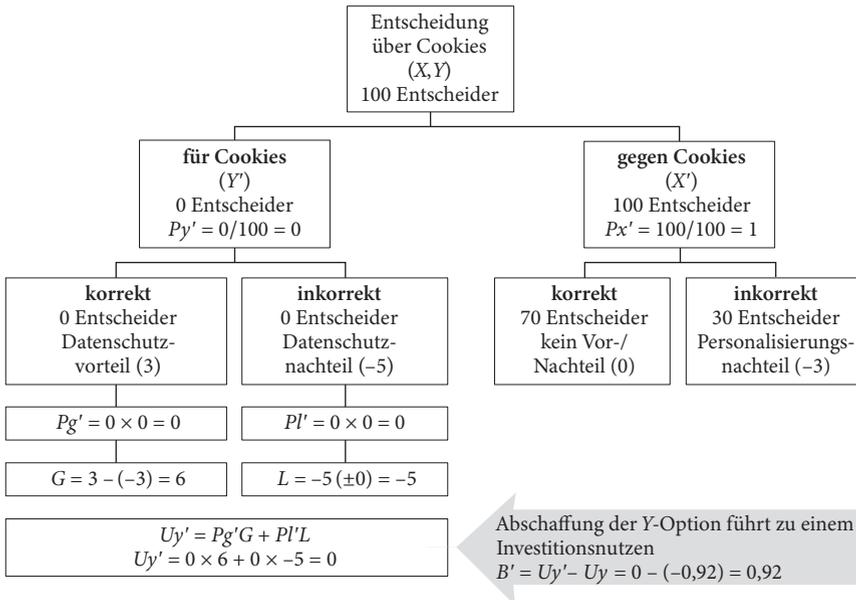
## 2. Eliminieren einer Option: Verbot von Cookies

Nun ist zu ermitteln, welche Art der Intervention angesichts des Effizienzverlusts durch starke Dark Patterns ökonomisch vorteilhaft ist. In einem ersten Schritt gilt es, die weitreichendste Intervention zu betrachten: Um Entscheider:innen vor den Folgen einer inkorrekten Wahl zu schützen, könnte der Staat die nachteilige Option (Y) verbieten und dadurch hinwegnehmen. Der Erwartungsnutzen dieser Intervention ( $B$ , *benefit*) ist dabei grundsätzlich die Differenz zwischen dem Nutzen nach Abschaffung von Y ( $U_y'$ ) und dem Nutzen (Verlust) der Y-Alternative ( $U_y$ ) vor der Abschaffung. Folgende Formel stellt dies dar:

$$B' = U_y' - U_y$$

Im vorliegenden Beispiel entspricht eine Abschaffung der Y-Alternative einem allgemeinen Verbot, Daten per Cookies zu teilen. Bei einem Verbot würden (idealtypisch) keine Cookies mehr Verwendung finden. Damit entfele für Entscheider:innen, die sich entgegen ihrer Präferenzen für Cookies entscheiden würden, der (Datenschutz-)Nachteil. Entscheider:innen, die sich aus Cookies hingegen einen Personalisierungsvorteil versprechen, können diesen ebenfalls nicht mehr realisieren. Der Nutzen der Y-Alternative nach Abschaffung ist damit 0 ( $U_y' = 0$ ), da Entscheider:innen die Option (Y) nicht mehr wählen können. Als Interventionsnutzen  $B'$  ( $U_y' - U_y$ ) ergibt sich  $0 - (-0,92) = 0,92$  – mithin ein

Effizienzgewinn. Die Intervention wäre so grundsätzlich ökonomisch sinnvoll. *Darstellung 3* (S. 229) veranschaulicht dies.



*Darstellung 3*

### 3. Erweiterung: Symmetrische und asymmetrische Erschwerung einer Option

Eine Option gänzlich abzuschaffen, stellt eine sehr weitgehende Intervention dar. Alternativ und *prima vista* vorzuzugwürdig ist es, präferenzgerechtere Entscheidungen zu ermöglichen – also etwa den Einfluss von Dark Patterns zu reduzieren.

Das ‚Simple Model‘ lässt sich um derartige Interventionen erweitern, die nicht eine Alternative gänzlich hinwegnehmen. Das Modell ist geeignet, solche Interventionen abzubilden, die eine Option nur modifizieren. In diesem Fall bleibt die betroffene Alternative (Y) wählbar, aufgrund der Intervention wählen sie jedoch weniger Entscheider:innen. Die Intervention ist dabei insofern *symmetrisch*, als sie alle Akteur:innen gleich beeinflusst. So wirkt ein Verbot symmetrisch – es betrifft Akteur:innen gleich, egal ob die Wahl (Y) für sie einen Gewinn oder einen Verlust gebracht hätte. Bei weniger strikten symmetrischen Interventionen ist der Nutzen der modifizierten Option ( $U_{y^s}$ ) dann nicht 0, sondern entsprechend der neuen Wahrscheinlichkeiten ihrer Wahl ( $P_{l^s}$ ,  $P_{g^s}$ ). Der Erwartungsnutzen dieser Intervention ( $B^s$ ) ist die Differenz zwischen dem Nutzen nach Modifikation von Y ( $U_{y^s}$ ) und dem Nutzen (Verlust) der Y-Alter-

native ( $U_y$ ) vor der Abschaffung. Damit ergibt sich für  $B^s = U_y^s - U_y$  folgende Formel:

$$B^s = (Pg^sG + Pl^sL) - (PgG + PlL)$$

*Asymmetrische* Interventionen hingegen vermögen es, auf die Entscheider:innen zu einem gewissen Grad verschieden stark einzuwirken. Ihr Ziel ist es, nur solche Akteur:innen zu beeinflussen, für die eine gewisse Entscheidung nachteilig ist. Klassische Beispiele sind Voreinstellungen oder Widerrufsrechte.<sup>198</sup> Akteur:innen, die eine andere Entscheidung als die voreingestellte bevorzugen, können diese weiterhin auswählen. Der asymmetrische Ansatz entspricht der Annahme des Nudging, nur beschränkt-rationale Akteur:innen (sog. Humans), nicht aber rationale Akteur:innen (sog. Econs) zu lenken – und damit dem Grundkonzept des liberalen Paternalismus nach *Sunstein/Thaler*.<sup>199</sup> Um das Modell *Zamirs* auf asymmetrisch wirkende Interventionen anzuwenden, ist es lediglich erforderlich, die Wahrscheinlichkeiten für gewisse Entscheidungen ( $Pl^{as}$ ,  $Pg^{as}$ ) nicht proportional anzupassen, sondern disproportional entsprechend der Stärke des asymmetrischen Effekts der Intervention.

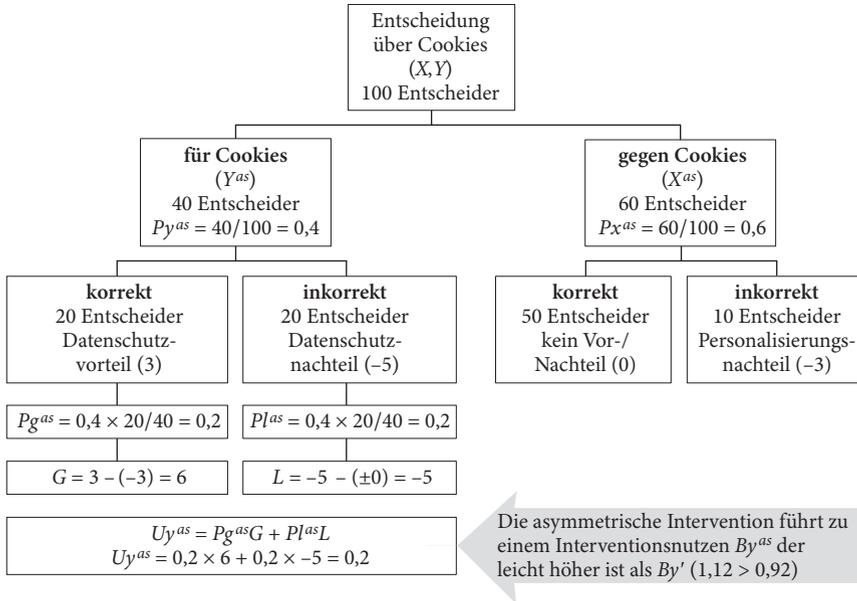
Eine asymmetrische Intervention stellt sich im vorliegenden Beispiel wie folgt dar: Statt Cookies an sich zu verbieten, könnte der Staat alleine stark lenkende Dark Patterns untersagen. Dies führt dazu, dass die Gestalter:innen nur noch schwach wirkende Dark Patterns verwenden. Damit würden Entscheider:innen weniger stark in Richtung einer Einwilligung gelenkt. Im Beispiel könnte dies dazu führen, dass sich nur noch 40 % für Cookies entscheiden. Dabei ist davon auszugehen, dass die Intervention vorrangig – aber nicht nur – falsche Entscheidungen für Cookies abwendet, also asymmetrisch wirkt. Von den ursprünglich 28 von 30 verblieben dann 20 bei der richtigen Entscheidung für Cookies. Auf der anderen Seite bedeutete dies, dass von den ursprünglich 52 von 100 falschen Entscheidungen für Cookies nur 20 verbleiben.  $Pg^{as}$  ist damit  $0,4 \times 0,5 = 0,2$ ,  $Pl^{as}$  ist  $0,4 \times 0,5 = 0,2$ . Unverändert bleibt der Nutzen der Entscheidungsalternativen,  $G = 3 - (-3) = 6$  und  $L = -5 - 0 = -5$ . Der Nutzen der  $Y^{as}$ -Alternative ( $U_y^{as}$ ) ist  $(Pg^{as}G(0,2 \times 6) + Pl^{as}L(0,2 \times -5))$ , mithin  $1,20 + (-1,00) = 0,20$ . Der Interventionsnutzen ( $B^{as} = U_y^{as} - U_y$ ) läge bei  $0,20 - (-0,92) = 1,12$ . Die Maßnahme ist damit im positiven Sinn ‚über das Ziel hinausgeschossen‘ – aufgrund der asymmetrischen Wirkung führt sie verglichen mit dem Verbot von  $Y^{200}$  zu einem kleinen Nutzenzuwachs (1,12 statt 0,92).

Folgende *Darstellung 4* (S. 231) veranschaulicht dies:

<sup>198</sup> Vgl. zu den Beispielen *Camerer/Issacharoff et al.*, U. Pen. L. Rev. 151 (2003), 1211 (1224 ff.); darstellend auch *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 222 ff.

<sup>199</sup> Vgl. *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 221 ff.

<sup>200</sup> S. oben § 6 B.I.2.



Darstellung 4

#### 4. Frustrations- und Interventionskosten

Schafft der Staat eine Entscheidungsoption ab bzw. verändert er sie, verursacht dies zumeist weitere Kosten.<sup>201</sup> Naheliegend ist dies für Durchsetzungskosten, die auf Seite des Staates anfallen, sog. Interventionskosten (C, costs).<sup>202</sup> Zudem entstehen den Betroffenen Nachteile daraus, dass sie eine Intervention trifft, sog. Frustrationskosten (F, frustration costs). Insbesondere ist das der empfundene Nachteil, dass die Entscheider:innen ihre eigentliche Präferenz nicht erfüllen können.<sup>203</sup> Frustrations- (F) wie Interventionskosten (C) sind von dem unmittelbaren Nutzenszuwachs (U<sub>y'</sub> - U<sub>y</sub>) der Intervention abzuziehen, um den eigentlichen Interventionsnutzen (B') zu ermitteln. Folgende Formel stellt dies dar:

$$B' = U_{y'} - U_y - F - C$$

<sup>201</sup> Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 77 f.

<sup>202</sup> Zamir, Va. L. Rev. 84 (1998), 229 (263 f.); nach Zamir nicht erfasst sind jd. private Rechtsdurchsetzungskosten.

<sup>203</sup> Zamir, Va. L. Rev. 84 (1998), 229 (264 ff.). Sie sind „the import of the value of autonomy“, ebd., 276. Man könnte auch sagen: Nachteile aus der Frustration der Präferenz erster Ordnung; vgl. hierzu Frankfurt, J. Philos. 68 (1971), 5 (7), sowie oben Erster Teil, Fn. 209. Unter Umständen kann F negativ sein (mithin einen Gewinn darstellen), etwa wenn Betroffene die Intervention begrüßen.

Die Frustrationskosten (bzw. Autonomiekosten)  $F$  sind anhand verschiedener Faktoren zu ermitteln. Dies können etwa der Zweck und die Funktionsweise der Regelung, die Eingriffstiefe und die betroffene Entscheidung sowie die Höhe des potenziell entgangenen Vorteils ( $G$ ) sein.<sup>204</sup> Ein Verbot von Cookies steht in der Gefahr, hohe Frustrationskosten ( $F$ ) hervorzurufen. Es wirkt paternalistisch, insbesondere auf solche Entscheider:innen, die Cookies bevorzugen. Das Verbot stark lenkender Dark Patterns hingegen zielt darauf, die Einzelnen davor zu schützen, dass das Gegenüber ihre Rationalitätsdefizite ausnutzt. Dies ist, anders als ein paternalistischer Zweck, eine generell akzeptierte, sogar wertgeschätzte Motivation. Die Regelung greift darüber hinaus nicht in Rechtsverhältnisse ein und gilt allgemein, stigmatisiert also nicht einzelne Gruppen als besonders schutzbedürftig. Vielmehr beseitigt das Verbot sogar die allgemein als besonders belastend empfundenen starken Dark Patterns.<sup>205</sup> Das Verbot betrifft zudem eine unwesentliche, alltägliche Entscheidung die wenig Vorteile für die Einzelnen verspricht. Bedeutend scheint alleine, dass sie mit Mitteln operiert, die eine Einwirkung auf die innere Sphäre einkalkulieren. Die meisten Faktoren sprechen gleichwohl für sehr geringe, wenn nicht sogar positive Frustrationskosten ( $F$ ).

Schließlich gilt es die Interventionskosten ( $C$ ) zu bewerten. Verwaltung, Gesetzgebung und Gerichte sind jeweils in unterschiedlicher Form daran beteiligt, gesetzliche Regelungen zu erlassen und durchzusetzen. Die dafür notwendigen Ausgaben sind nicht völlig vernachlässigbar. Der Aufwand dafür, einen gesetzlichen Verbotstatbestand – gleich ob Verbot von Cookies oder von stark wirkenden Dark Patterns – zu erlassen, ist minimal. Jedoch ruft ein solches Verbot Vollzugskosten hervor. Die Aufsichtsbehörden müssen überwachen, ob Anbieter:innen das Verbot einhalten. Sie bringen dafür (neben Verbraucher:innen-schutzorganisationen und Betroffenen selbst) relevante Überwachungskosten auf.<sup>206</sup> Dabei wären die Vollzugskosten für ein Verbot von Cookies geringer als für ein Verbot stark wirkender Dark Patterns – um Letzteres umzusetzen, müssen Aufsichtsbehörden stets neu bewerten, welche Dark Patterns stark wirken und so möglicherweise oft Einzelfallentscheidungen treffen.<sup>207</sup>

Beide Interventionen – das Verbot von Cookies wie das von stark wirkenden Dark Patterns – weisen einen positiven Interventionsnutzen auf (0,92 bzw.

<sup>204</sup> Vgl. als Ansatzpunkte die von *Zamir* vorgeschlagenen acht Faktoren sowie sein Beispiel; *Zamir*, Va. L. Rev. 84 (1998), 229 (264 f., 273 ff.).

<sup>205</sup> *Luguri/Strahilevitz*, J. Leg. Anal. 13 (2021), 43 (67 ff.).

<sup>206</sup> Wobei hier wiederum eine eigene Kosten-Nutzen-Optimierung vorzunehmen sein kann; so ist nicht stets maximale Befolgung effizient; vgl. *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 2012, S. 475 ff.

<sup>207</sup> Eben dies ist strukturell in Art. 25 Abs. 3 DSA angelegt, wonach die Kommission Leitlinien für die Anwendung des Dark-Patterns-Verbots herausgeben kann; *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023, 115 (119).

1,12).<sup>208</sup> Dabei führt die leicht asymmetrische Wirkung eines Verbots von stark wirkenden Dark Patterns zu einem (kleinen) Nutzenzuwachs gegenüber einem Verbot von Cookies. Der positive Effekt der asymmetrischen Intervention verstärkt sich, berücksichtigt man die Frustrationskosten der Interventionen. Diese sind bei einem Verbot stark wirkender Dark Patterns nahe Null oder sogar leicht positiv – anders liegt dies bei einem Verbot von Cookies, das gegebenenfalls als paternalistisch empfunden würde. Dem gegenüber stehen gerade für ein Verbot stark wirkender Dark Patterns nicht zu vernachlässigende Vollzugskosten im Raum.

### 5. Gesamtnutzen der Intervention

Der Nutzen einer Intervention richtet sich nicht nach dem einzelnen (durchschnittlichen) Fall (oben 1.–4.), sondern nach dem Nutzen aller betroffenen Entscheidungsfälle. Um eine Intervention in ihrer Gesamtheit zu bewerten, ist mithin ihr Gesamtnutzen ( $B'_n$ ) zu betrachten. Entsprechend sind schließlich die Nutzen ( $Uy'$  und  $Uy$ ) und  $F, C$  über alle  $n$  Wahlfälle ( $i$ ) zu summieren. Folgende Formel stellt dies dar:

$$B'_n = \sum_{i=1}^n (Uy'_i - Uy_i - F_i - C_i)$$

Ist der Erwartungsnutzen der Abschaffung der Option  $Y$  größer Null, ist die Intervention (Kaldor-Hicks-)effizient und damit ökonomisch angezeigt. Folgende Formel stellt dies dar:

$$B'_n = \sum_{i=1}^n (Uy'_i - Uy_i - F_i - C_i) > 0$$

Damit ergibt sich für  $B'_n$  – mithin das *Verbot der Y-Alternative* – unter Einsetzung des Werts für  $Uy'$  und der Gleichung für  $Uy$  folgende Formel:

$$B'_n = \sum_{i=1}^n (0 - (Pg_i G_i + Pl_i L_i) - F_i - C_i) > 0$$

Für  $B_n^{as}$  – mithin eine *asymmetrische Intervention*, die die  $Y$ -Alternative modifiziert – ergibt sich unter Einsetzung auch der der Gleichung für  $Uy^{as}$  folgende Formel:

$$B_n^{as} = \sum_{i=1}^n ((Pg_i^{as} G_i + Pl_i^{as} L_i) - (Pg_i G_i + Pl_i L_i) F_i - C_i) > 0^{209}$$

Bezieht man diesen letzten Schritt der ökonomischen Bewertung auf das Beispiel der Entscheidung für oder gegen Cookies, wird ein Umstand besonders relevant: Entscheidungen für oder gegen Cookies sind wohl eine der am häufigsten

<sup>208</sup> S. oben § 6 B. I. 2, 3.

<sup>209</sup> Etwas anders die Darstellung *Zamirs*:  $B = \sum_{i=1}^n (Pl_i L_i - Pg_i G_i - F_i) - C > 0$ , bei der (1.) der Verlust  $L$  eine positive Zahl ist, so dass  $Pl_i G_i - Pg_i L_i > 0$ ; (2.) der neue Zustand nicht explizit mit Nutzen 0 in der Gleichung erkennbar ist; die hier gewählte Darstellung bezieht dies mit ein, mithin „ $0 - (Pl_i G_i + Pg_i L_i)$ “; vgl. *Zamir*, Va. L. Rev. 84 (1998), 229 (260).

getroffenen rechtsgeschäftlichen Entscheidungen überhaupt. Sie können Monat für Monat alleine in Deutschland leicht in die Millionen gehen.<sup>210</sup> Gerade bei einer großen Zahl an Entscheidungssituationen (mithin bei hohem  $n$ ), können selbst Interventionen, die im einzelnen Fall nur einen kleinen Nutzenzuwachs ( $B$ ) versprechen, einen sehr großen Gesamtnutzen ( $B_n$ ) zeitigen. Hinzu kommt, dass die Grenzkosten der (staatlichen) Intervention sinken. Die Vollzugskosten ( $C$ ) nehmen so für jeden weiteren Fall ab (es gilt mithin:  $\sum_{i=1}^n C_i < C_1 n$ ).<sup>211</sup> So müssen die Aufsichtsbehörden etwa Leitlinien, die ein Verbot stark wirkender Dark Patterns konkretisieren, nur einmal erarbeiten, um sie dann auf eine Vielzahl von Fällen anzuwenden. Insofern scheint bei großem  $n$  ein Verbot stark wirkender Dark Patterns ökonomisch vorzugswürdig – denn hier summiert sich der höhere Interventionsnutzen leicht auf. In Summe bedeutet dies, dass dem Staat aus ökonomischer Warte anzuraten ist, derart in den Markt zu intervenieren, dass er stark wirkende Dark Patterns verbietet – nicht ratsam ist es hingegen, den *status quo* (d. h. stark wirkende Dark Patterns) beizubehalten oder Cookies an sich zu verbieten.

## II. Bewertung

Zuletzt lohnt es sich, die hier herausgearbeitete ökonomische Bewertung neben den verfassungsrechtlichen Maßstab zu legen und zu prüfen, wo sie sich gegenseitig anregen können.

### 1. Grundsätzlich zur verfassungsökonomischen Bewertung

Dabei gilt es eines klarzustellen: Der ökonomisch scheinbar eindeutigen Kosten-Nutzen-Analyse liegt *in realitas* eine Wertentscheidung zugrunde.<sup>212</sup> Dies zeigt bereits der Umstand, dass die ökonomische Theorie nicht aus sich heraus vorgibt, welches Kriterium für Effizienz der Maßstab dafür ist, einen Eingriff in den Markt zu bewerten. Zieht man – wie in *Zamirs Simple Model* – das *Kaldor-Hicks-Kriterium* heran, um Effizienz zu bewerten, führt dies dazu, dass der Staat – im utilitaristischen Geiste<sup>213</sup> – den Einzelnen im Interesse der Gesamtheit unbegrenzt Nachteile zufügen kann.<sup>214</sup> Insofern ist Effizienz tatsächlich nicht nur ein Maßstab dafür, zu bewerten, wie ein beliebiger Nutzen am besten zu erreichen ist. Der ökonomische Maßstab für Effizienz gibt vielmehr selbst

<sup>210</sup> Vgl. etwa die Zahlen zu monatlichen Seitenaufrufen in Deutschland lt. *Statista*, Top 20 Webseiten, *Statista*, 2022.

<sup>211</sup> Anders als die Frustrationskosten ( $F$ ), diese bleiben im Durchschnitt auch bei hohem  $n$  konstant.

<sup>212</sup> Arrow, *Social Choice*, 1963, S. 38.

<sup>213</sup> Etwa i. S. *Mills* und *Benthams*, hierzu *Martini*, *Hoheitliche Verteilunglenkung*, 2008, S. 252.

<sup>214</sup> *Dworkin*, *J. Leg. Stud.* 9 (1980), 191 (207f.).

vor, was der Nutzen ist: gesamtgesellschaftliche (monetäre) Wertsteigerung. Diese implizite Annahme verschafft der ökonomischen Theorie eine besondere normative Tragweite: Sie gibt vor, welches Ziel der Staat erreichen sollte.<sup>215</sup>

So bestechend einfach und klar das ökonomische Rational wirkt, ist der Staat doch an diese ökonomische Sicht nicht (automatisch) gebunden. Die ökonomische Theorie hat nicht aus sich selbst heraus normative Kraft. (Wohlfahrtsökonomische<sup>216</sup>) Effizienz ist nicht das höchste und schon gar nicht ausschließliches staatliches Gut.<sup>217</sup> Die Ökonomie kann weder die Ziele staatlichen Handelns noch die Mittel und ihre Auswahl vorbestimmen. Ökonomisch effiziente Eingriffe sind nicht per se geboten. Vielmehr sind dem Staat auch möglicherweise ineffiziente Eingriffe zu anderen Zwecken und Zielen erlaubt. Dies gilt allen voran für Eingriffe, die moralische Vorstellungen von Gerechtigkeit zu verwirklichen suchen. Maßstab hierfür ist im verfassten Staat alleine die Verfassung. Will der Staat Maßnahmen gegen das behavioristische Marktversagen treffen, ist er mithin nicht an ökonomische Effizienzgedanken gebunden. Ein staatlicher Eingriff zur Beseitigung des Marktversagens, der sich als effizient erweist, ist deswegen verfassungsrechtlich nicht vorbehaltlos angezeigt.<sup>218</sup> Es bedarf vielmehr eigener verfassungsrechtlicher Maßstäbe.

## 2. Hilfreiche Ableitungen

Auch wenn das Verfassungsrecht nicht unmittelbar an die ökonomische Wertung gebunden ist, zeigt sich doch, dass die verfassungsrechtliche Analyse insbesondere von dem Blick der Ökonomie auf große Zahlen profitieren kann. Hier hat der ökonomische Ansatz einen einfachen Zugang. Die ökonomische Bewertung liefert eine hilfreiche Methode, um hohe  $n$  sowie Disparitäten zwischen verschiedenen Nutzer:innen und damit asymmetrische Wirkungserfolge zu erfassen. Der gegenwärtige verfassungsrechtliche Bewertungsmaßstab hingegen ist nicht derartig ausdifferenziert. Er gründet in dem Ziel, Freiheiten zwischen

---

<sup>215</sup> Wenn diese Implikation übersehen wird, ergibt sich hieraus eine Ungenauigkeit der Analyse. In diese Richtung *Martini*, Hoheitliche Verteilungslenkung, 2008, S. 247, wenn sich die Frage der Effizienz als Verfassungsprinzip im Konflikt zwischen „Allokation und Distribution“ bzw. zwischen dem „Ordnungsmodell der Effizienz oder der Verteilungsgerechtigkeit“ ausdrücken soll. Ist Effizienz nur eine Bewertung der Mittelwahl, täte sich diese Frage nicht auf – sie stellt sich nur, wenn Effizienz auch mitumfasst, das Ziel des größten Gesamtnutzens zu verfolgen.

<sup>216</sup> Vgl. *Martini*, Hoheitliche Verteilungslenkung, 2008, S. 200, m. w. N.

<sup>217</sup> Vgl. zu Verfassungsrecht und Effizienz insbes. *Martini*, Hoheitliche Verteilungslenkung, 2008, S. 197 f.

<sup>218</sup> Dass diese Feststellung notwendig ist, zeigt *Sunstein*, Yale L. J. 122 (2013), 1826 (1858), wonach (paternalistische) Interventionen, die Prokrastination überkommen sollen, aus ökonomischen Gesichtspunkten stets gerechtfertigt scheinen: „If an effort to overcome unjustified procrastination promotes people’s welfare on balance, it responds to a behavioral market failure and hence is plausibly justified, at least on welfare grounds“. Eben hier zeigt der Schluss von ökonomischen Konzepten auf normative Aussagen seine besondere Gefährlichkeit.

Einzelnen auszugleichen – nicht aber zwischen Einzelnen und großen Gruppen bzw. vielen Fällen. So ist die Verfassung geneigt, eine große Beschränkung bei einer bzw. einem Einzelnen gegenüber einer kleinen Beschränkung bei Vielen bzw. in vielen Fällen zugunsten der bzw. des Einzelnen aufzulösen. Dies mag aus einer individuellen, anti-utilitaristischen Sicht sinnvoll erscheinen: Eine am einzelnen Menschen ausgerichtete Verfassung darf nie das eingesperrte Kind im Keller zu Gunsten des Glücks der restlichen Gemeinschaft akzeptieren.<sup>219</sup> Gerade angesichts des modernen Massengeschäfts im Internet scheint dieser Ansatz jedoch vor eine besondere Herausforderung gestellt. Hier kann die aggregierte Gesamtwohlfahrtsbetrachtung der ökonomischen Effizienz der verfassungsrechtlichen Abwägung bzw. Optimierung einen hilfreichen Spiegel in die Hand geben. Gleichwohl kann die ökonomische nicht an die Stelle einer verfassungsrechtlichen Bewertung treten. Zum einen setzt eine abschließende ökonomische Bewertung voraus, dass die Intervenient:innen alle Werte genau bestimmen, also quantifizieren können. Hier spielt sich das Drama vieler *Cost-Benefit*-Analysen ab. Absolute Quantifizierung ist unmöglich – selbst die bestmögliche Datenbasis kann irren.<sup>220</sup> Zum anderen, und dies ist entscheidend, genießt das ökonomische Effizienzkalkül keinen verfassungsrechtlichen Rang.

#### D. Anwendung auf den Schutz vor Dark Patterns

Nunmehr sind die Leitlinien des grundgesetzlichen Auftrags an den Gesetzgeber, die innere Sphäre zu schützen, hinreichend klar erfasst. Es gilt abschließend im Detail zu erörtern, wie der Gesetzgeber den Schutz der inneren Sphäre in Abwägung mit den anderen betroffenen Grundrechtspositionen optimieren kann.<sup>221</sup> Dem Gesetzgeber steht dabei ein weites Methodenspektrum zur Verfügung.<sup>222</sup> Zugleich wirken sich die verfassungsrechtlichen Anforderung auf die zu wählenden Schutzinstrumente aus.<sup>223</sup> Entscheidend zu beleuchten sind hier solche Ansätze, die Rationalitätsdefizite als Einfallstor der Steuerung begreifen und – ökonomisch gesprochen – als distinktes Marktversagen mit einem entsprechenden Korrekturbedarf verstehen.<sup>224</sup> Die ‚klassischen‘, bisher in der Literatur etablierten Strategien kommen diesem Auftrag nicht stets nach –

<sup>219</sup> Vgl. die klassische Kritik am Utilitarismus in Anlehnung an die Kurzgeschichte „The Ones Who Walked Away from Omelas“ von *Le Guin*, in: Silverberg (Hrsg.), *New Dimensions* 3, 1973, S. 1, 1 ff.

<sup>220</sup> *Zamir*, Va. L. Rev. 84 (1998), 229 (262), spricht davon, dass hier „some normative judgment [...] inevitable“ ist.

<sup>221</sup> S. oben § 6 A.

<sup>222</sup> BVerfGE 153, 182 (309, Rn. 399) – Suizidhilfe; vgl. auch die Analyse bei *Murawiek*, *Risiken der Technik*, 1985, S. 111 ff.

<sup>223</sup> So i. E. *Aaken*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig et al.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 109, 124 ff.; *Schmolke*, *Selbstbindung im Privatrecht*, 2014, S. 77.

<sup>224</sup> Vgl. oben § 1 C III. 2. Zu Regulierungsinstrumenten grds. auch *Meier*, *Täuschung und Manipulation*, 2022, S. 163 ff.

sie fokussieren darauf, Rationalitätsdefizite und ihre Effekte zu mitigieren (unten I.). Dieser Ansatz geht jedoch an der Sache vorbei: Vorliegend bedarf es Strategien, die spezifisch darauf reagieren, dass Einzelne die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen. Es gilt insofern, einen Kanon neuer Strategien zu entwickeln und diese daraufhin zu bewerten, inwieweit sie der grundrechtlichen Handlungsnorm entsprechen (unten II.). Als Ergebnis stehen Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber (unten III.).

### I. ‚Klassischer‘ Kanon: Strategien im Umgang mit Rationalitätsdefiziten

Die verhaltensökonomische Forschung hat einen Kanon an Strategien dazu herausgebildet, wie der Staat mit den Rationalitätsdefiziten Einzelner umgehen kann. Die entwickelten Methoden zielen – dem Ansatz des weichen Paternalismus folgend – stets darauf, dass Entscheider:innen möglichst präferenzgerechte Entscheidungen fällen.<sup>225</sup> Derartigen normativen Strategien geht es mithin darum, Rationalitätsdefizite oder deren Effekte zu minimieren.

#### 1. Äußere Strategien

Äußere Strategien knüpfen externe Folgen an Entscheidungen, die durch Rationalitätsdefizite geprägt sind – sie lassen den inneren Vorgang unberührt.<sup>226</sup> Zentraler Ansatz äußerer Strategien ist es, ineffiziente Folgen einer Entscheidung zu eliminieren oder zumindest zu erschweren, dass derartige Folgen eintreten.<sup>227</sup> Sie verändern hierzu die äußeren Umstände der Entscheidung.

Einerseits bieten sich dafür Maßnahmen an, die es unmöglich machen, dass die Folge einer Entscheidung eintritt. Dies kann insbesondere durch physische Hindernisse geschehen, welche die Folge der Entscheidung ausschließen (Zwang/Umweltveränderung). So lassen sich die Konsequenzen davon, dass Menschen ihre Qualität als Fahrzeugführer:innen generell überschätzen, durch physische Hindernisse unterbinden: Eine kurvenreiche Straßenführung oder Bodenschwellen verhindern die Geschwindigkeitsübertretung.<sup>228</sup> Ebenfalls ein physisches Hindernis schafft ein in das Fahrzeug integriertes Atemalkoholkontrollgerät: Es schließt aus, dass alkoholisierte Fahrzeugführer:innen den Motor anwerfen.<sup>229</sup>

---

<sup>225</sup> Beispielhaft hierfür stehen *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 248 ff.; *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 438 ff., insbes. auch S. 627: „Es geht um die Stärkung der ökonomischen Rationalität der [...] Adressaten“.

<sup>226</sup> Mit *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 207 f., kann man hier auch von „bedingt-kognitive[n] Strategien“ sprechen. *Jolls/Sunstein*, J. Leg. Stud. 35 (2006), 199 (200), nennen dies wohl „insulating“.

<sup>227</sup> *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 207 f.

<sup>228</sup> *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 207.

<sup>229</sup> Die EU will dieses Mittel zukünftig nutzen: Ab dem 7.7.2024 müssen alle in der EU erst-

Zum anderen ist es möglich, lediglich zu erschweren, dass die Folge einer Entscheidung eintritt. Der Gesetzgeber kann die Folge einer Entscheidung ver- oder gebieten. So macht eine Geschwindigkeitsbegrenzung zu schnelles Fahren zwar nicht unmöglich, die Strafandrohung erschwert es gleichwohl.<sup>230</sup> Alternativ ist es denkbar, die Folgen mit Kosten zu verbinden, also einen finanziellen Anreiz zu schaffen. Ein Beispiel hierfür sind personalisierte Kraftfahrzeugversicherungspreise, die Fahrer:innen mit unsicherer Fahrweise stärker belasten.<sup>231</sup>

Äußere Strategien können so geeignet sein, die Folgen nicht-rationaler Entscheidungen zu vermindern. Ihnen ist zugleich gemein, dass sie den ‚defizitären‘ (inneren) Entscheidungsvorgang selbst nicht berühren.<sup>232</sup>

## 2. Innere Strategien

Neben äußeren Strategien kann der Staat das Innere, also den Entscheidungsprozess selbst, in den Blick nehmen.<sup>233</sup> Innere Strategien zielen darauf, Biases abzuschwächen (sog. *De-Biasing*).<sup>234</sup> Sie kommen ohne (klassisch-ökonomisch wirksame) Veränderung der äußeren Umstände aus.<sup>235</sup>

Zum einen ist es möglich, Rationalitätsdefizite, welche eine Entscheidung beeinflussen, zu verringern oder anzupassen (sog. direktes *De-Biasing*<sup>236</sup>). Im

---

zugelassenen Fahrzeuge mit einer Schnittstelle ausgestattet sein, die es erlaubt, Alkohol-Wegfahrsperren anzuschließen, Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Art. 3 Nr. 4 Verordnung (EU) 2019/2144 vom 27.11.2019 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge im Hinblick auf ihre allgemeine Sicherheit und den Schutz der Fahrzeuginsassen und von ungeschützten Verkehrsteilnehmern, Abl. L 325 v. 16.12.2019, S. 1 ff.

<sup>230</sup> Aus einer ökonomischen Warte heraus handelt es sich bei Ver- und Geboten wie auch bei sonstigen Erschwerungen i. E. um (quantifizierbare) Entscheidungskosten; s. oben § 1 A. IV. 2.

<sup>231</sup> Hierzu etwa *Weidner/Transchel et al.*, Ann. actuar. sci. 11 (2017), 213 (215 ff.).

<sup>232</sup> Insofern lässt sich – mit *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 207 – vom Umgang mit dem Ergebnis nicht-rationaler Entscheidungen mit „klassische[n] Regulierungsmitteln“ sprechen. Gleichwohl darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass all diesen äußeren Strategien ein verhaltensökonomischer Effekt auf den Entscheidungsvorgang innewohnen kann. In eine ähnliche Richtung *ebd.*, S. 253 ff., zum „Entscheidungsprozessproblem“; über *Hackers* Feststellungen hinausgehend tritt ein solcher Einfluss auch bei solchen Strategien auf, die äußere Wahlfreiheit *nicht* wahren.

<sup>233</sup> Mit *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 208 ff., kann man auch von „Kognitive[n] Strategien“ sprechen. *Jolls/Sunstein*, J. Leg. Stud. 35 (2006), 199 (200), bezeichnen derartige Strategien grds. als „Debiasing“; vgl. auch *Pi/Parisi et al.*, in: Zamir/Teichman (Hrsg.), Behavioral Economics and Law, 2014, S. 143.

<sup>234</sup> Nach *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 579, auch als „debiasing [...] im engeren Sinne“. *Lätzel*, Verhaltenssteuerung und Privatautonomie, 2020, S. 244 ff., wählt eine etwas andere Unterteilung – abstellend auf „harte“, ergebnisorientierte und „weiche“, prozessorientierte Instrumente zur Herstellung von Freiwilligkeit bzw. Überwindung von „Denkfehlern“, *ebd.*, S. 253 ff.

<sup>235</sup> In eine ähnliche Richtung geht das Konzept des „Boosting“; *Grüne-Yanoff/Hertwig*, Minds & Machines 26 (2016), 149 (156 ff.); *Hertwig*, Behav. Pub. Pol. 1 (2017), 143 (144 ff.).

<sup>236</sup> *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 593.

engen Sinne lässt sich ein Bias nur durch „Umlernen“ bzw. „Adaption“<sup>237</sup> verringern bzw. so anpassen, dass er zu effizienteren Entscheidungen führt.<sup>238</sup> Das direkte De-Biasing zielt also nicht notwendigerweise darauf, Biases und Heuristiken völlig auszuschalten. Es strebt vielmehr an, dass die Entscheider:innen ihre Biases und Heuristiken möglichst effizient nutzen (im Sinne einer „ecological rationality“<sup>239</sup>). Tatsächlich ist es jedoch schwierig und langwierig bis unmöglich, Rationalitätsdefizite zu verringern bzw. anzupassen.<sup>240</sup>

Zum anderen ist es denkbar, den äußeren Einfluss auf den Entscheidungsprozess zu verringern oder zu neutralisieren (sog. indirektes De-Biasing<sup>241</sup>). So lässt sich vermeiden, dass ein äußeres Geschehen einen Bias aktiviert. Um dies zu erreichen, kann der Staat drei Wege wählen:

1. Er kann Umwelteinflüsse minimieren, die Rationalitätsdefizite auslösen. Hierunter fällt z. B. das Verbot, eine Voreinstellung zu verwenden. Ebenso wirken kognitiv optimierte Informationen, die z. B. so formuliert sind, dass sie ein starkes Framing vermeiden.<sup>242</sup>
2. Es ist möglich, einen rationalen, nicht von Rationalitätsdefiziten geprägten Entscheidungsvorgang anzuregen. So kann bereits der Hinweis auf ein Rationalitätsdefizit bewirken, dass die Einzelnen rational(-er) entscheiden.<sup>243</sup> Zudem kann die Gestaltung des Entscheidungsprozesses bewirken, dass die Einzelnen rational(-er) entscheiden. Dies vermögen etwa *Mandated-Choice*- und *Cooling-Off*-Gestaltungen – sie bremsen einen schnellen Entscheidungsprozess aus.<sup>244</sup> Ebenso wirkt es, ansonsten nicht-hervorstechende Eigenschaften und Informationen hervorzuheben.<sup>245</sup>
3. Eine Maßnahme kann darauf zielen, einen Bias zu aktivieren, der dem Effekt des eigentlich aktiven Bias entgegenwirkt (sog. Re-Biasing). Die Umwelteinflüsse, die den eigentlichen Bias auslösen, bleiben dabei unberührt. So

<sup>237</sup> Gigerenzer/Gaissmaier, *Annu. Rev. Psychol.* 62 (2011), 451 (456).

<sup>238</sup> Diesen Weg scheint Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 578 f., obwohl er von Verringerung des Bias spricht, selbst nicht zu konzipieren: Als Beispiel nennt er eine „direkte Warnung“ – dies ist aber ein Fall der Aktivierung rationalen Entscheidens.

<sup>239</sup> Gigerenzer/Todd, in: Gigerenzer/Todd/ABC Research Group (Hrsg.), *Simple Heuristics*, 2000, S. 3, 13; s. auch Gigerenzer/Gaissmaier, *Annu. Rev. Psychol.* 62 (2011), 451 (457), unter Bezug auf Simons optimierender „bounded rationality“, s. oben § 1 A. II. 1.

<sup>240</sup> Gigerenzer, *Perspect. Psychol. Sci.* 3 (2008), 20 (24), wonach die Auswahl einer anzuwendenden Heuristik auf Verstärkung, sozialem oder evolutionärem Lernen basiert.

<sup>241</sup> Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 585 ff.

<sup>242</sup> Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 443. Vgl. in diese Richtung auch Peppet, *UCLA L. Rev.* 59 (2012), 676 (737 ff.); Bar-Gill, *Nw. U.L. Rev.* 98 (2004), 1373 (1417 ff.), der etwa Warnungen auf Zigaretten hierunter fasst.

<sup>243</sup> Dies ist jd. selten effektiv; vgl. zu De-Biasing-Techniken Fischhoff, in: Kahneman/Slovic/Tversky (Hrsg.), *Judgment Under Uncertainty*, 1982, S. 422, 422 mit Fn. 271; Pronin/Puccio et al., in: Gilovich/Griffin/Kahneman (Hrsg.), *Heuristics and Biases*, 2002, S. 636, 660.

<sup>244</sup> Camerer/Issacharoff et al., *U. Pen. L. Rev.* 151 (2003), 1211 (1238 ff.).

<sup>245</sup> Vgl. hierzu etwa Sunstein, *Yale L. J.* 122 (2013), 1826 (1846 ff.).

lässt sich dem Umstand, dass Menschen ihren Bedarf, sich für das Alter abzusichern, unterschätzen, damit begegnen, dass Beitragszahlungen zu einem Rentenfonds vorausgewählt sind.<sup>246</sup> In diesem Fall steht der *Optimism Bias* gegen den *Default Bias*.

### 3. Bewertung

Die ‚klassischen‘ Strategien im Umgang mit Rationalitätsdefiziten zielen allesamt darauf, die negativen Auswirkungen von Biases und Heuristiken auf das Entscheidungsergebnis zu minimieren. Sie sind mithin aus einer klassisch-ökonomischen Perspektive formuliert. (Unausgesprochenes) Ziel der klassischen Strategien ist es, durch die staatliche Intervention eine möglichst *optimale* Entscheidung herzustellen. Äußerer wie innerer Strategien geht es darum, die Präferenzreicherung und damit den Nutzen von Entscheidungen zu steigern.

Effizienzinduzierende Ansätze erreichen zwar äußerlich das Ziel, das behavioristische Marktversagen abzuwenden. Zugleich sind die klassischen Strategien nicht darauf ausgerichtet, Einflüsse Dritter auf den Entscheidungsprozess der Gegenüber abzuwehren. Vielmehr sehen die inneren Strategien selbst vor, auf den Entscheidungsprozess einzuwirken. Insofern sind die dargestellten ‚klassischen‘ Strategien zum Umgang mit Rationalitätsdefiziten nicht darauf ausgelegt, Autonomie – gerade Prozessautonomie – zu schützen. Sie messen der unbeeinflussten Entscheidung an sich keinen Eigenwert zu. Derartige Strategien durchdringt der Geist des weichen Paternalismus<sup>247</sup>.

Der Ansatz der klassischen Strategien unterscheidet sich so wesentlich von dem Ziel, die Einzelnen davor zu schützen, dass das Gegenüber ihre Rationalitätsdefizite ausnutzt. Im ökonomischen Sinne mögen die klassischen Strategien den Gesamtnutzen steigern. Der verfassungsrechtlichen Optimierungsaufgabe, die insbesondere darin besteht, die Prozessautonomie zu schützen, kommen sie hingegen nicht nach. Das Ziel des Ausnutzungsschutzes liegt gerade nicht darin, mithilfe weitestgehender Rationalität des Entscheidungsprozesses eine größtmögliche Nutzenmaximierung zu erreichen. Der Schutzauftrag gebietet vielmehr, dass der Staat die Einzelnen davor schützt, dass Dritte ihre Rationalitätsdefizite ausnutzen.

## II. Neuer Kanon: Strategien gegen das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten

Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, dass es aus verfassungsrechtlichen Gründen wesentlich ist, den Entscheidungsprozess vor äußeren Ein- und Übergriffen zu schützen. Ziel der staatlichen Interventionsstrategie muss (Prozess-)Auto-

<sup>246</sup> Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 586 ff.

<sup>247</sup> S. oben § 1 B. II. 2. a).

nomie, nicht Effizienz sein.<sup>248</sup> Es gilt so, einen neuen Kanon an Strategien zu entwickeln, der darauf ausgelegt ist, Übergriffe in die innere Sphäre abzuwehren. Dabei steht bei der Handlungsnorm der Auftrag an den Gesetzgeber im Vordergrund, Freiheitsschutz – und damit den Grad der Entscheidungsautonomie – zu optimieren.<sup>249</sup> Als Ergebnis der Ausdifferenzierung der verfassungsrechtlichen Bewertung auf Grundlage des ökonomischen Effizienzmodells gilt es gerade (a) die Wirkung von Maßnahmen für hohe Entscheidungszahlen ( $n$ ) sowie (b) die asymmetrischen Folgen einer Intervention zu berücksichtigen. Verschiedene Interventionen sind insofern denkbar: Der Staat könnte Transparenz schaffen (unten 1.), Dark Patterns verbieten (unten 2.), weitere Vorgaben zu Entscheidungsgestaltungen treffen (unten 3.), die Vorstufen der Entscheidungslenkung einhegen (unten 4.) oder die Möglichkeit der Entscheidung insgesamt aufheben (unten 5.).

### 1. Transparenz

Der scheinbar einfachste Weg, mit der Einwirkung auf den Entscheidungsprozess umzugehen, könnte Transparenz sein. Diese stellt die im Rahmen des Informationsmodells favorisierte Antwort auf Entscheidungsfehler dar. Hierfür steht das zur Legende gewordene Bonmot: „Sunlight is said to be the best of disinfectants“<sup>250</sup>. Proponent:innen dieses Ansatzes wollen Transparenz hinsichtlich der „Entscheidungslenkung“<sup>251</sup> – also Steuerungsmittel und -absicht – herstellen.

Derartige Transparenz scheint im Kontext staatlich genutzter Nudges, gerade solcher zum (vermeintlichen) Wohl der Einzelnen, vielleicht noch umsetzbar; mit Blick auf von Privaten genutzte Dark Patterns ist der Ansatz jedoch wenig überzeugend. So ist es bereits äußerst komplex, die Vielfältigkeit der Steuerungsmöglichkeiten und -mittel durch Information abzubilden. Zudem verbindet sich damit eine weitere Information, die die Einzelnen zu verarbeiten haben. Insofern treibt dieser Ansatz in gewisser Weise den Teufel mit dem Beelzebub aus: Die gerade nicht rationalen Entscheider:innen wären wiederum als rationale Entscheider:innen gefordert, Information zu verarbeiten.<sup>252</sup> Sie müssten zudem für sich das Dark Pattern quasi ignorieren und die Entscheidungsgestaltung jedenfalls gedanklich entsprechend der Information so umgestalten, dass sie für ihren

---

<sup>248</sup> Zu diesem bedeutenden Unterschied bereits oben § 6 C. I. 3.

<sup>249</sup> S. hierzu oben § 6 A.

<sup>250</sup> *Brandeis*, *Publicity*, *Harper's Weekly* vom 20.12.1913, S. 10.

<sup>251</sup> Hierfür *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 273 f.; etwas anders *Martini/Drews*, *Making Choice Meaningful*, *SSRN*, 2.11.2022, S. 31 f., die Transparenz nicht auf den Umstand der Entscheidungslenkung selbst beziehen.

<sup>252</sup> S. auch *Schäfers*, *AcP* 221 (2021), 32 (62). Insofern ggf. etwas zu optimistisch *Martini/Drews*, *Making Choice Meaningful*, *SSRN*, 2.11.2022, S. 32, wonach „more transparency will [allow] users to make more meaningful privacy choices“.

Entscheidungsprozess nicht-steuernd wirkt. Dass einzelne Entscheider:innen dies leisten könnten, ist wissenschaftlich nicht belegt. Im Gegenteil, die verhaltensökonomische Forschung zeigt, dass Biases sehr schwer abzustellen sind und Lerneffekte nur äußerst begrenzt wirken.<sup>253</sup>

Mehr Transparenz lässt mithin nicht erwarten, dass Entscheider:innen hierdurch effektiver vor dem Ausnutzen ihrer Rationalitätsdefizite geschützt wären. Transparenz bezüglich der Entscheidungslenkung ist daher ungeeignet, Dark Patterns entgegenzuwirken. Sie genügt bereits dem Mindestschutzmaß nicht. Jedenfalls vermögen es Transparenzvorschriften nicht, die betroffenen Grundrechtspositionen angemessen auszugleichen.

## 2. Verbot von Dark Patterns bzw. des Ausnutzens von Entscheidungsschwächen

Erfolgsversprechender als Transparenz herzustellen ist es, unmittelbar dagegen vorzugehen, dass Dritte die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen.

### a) Gestaltungsvarianten

Ein Ansatz wäre es, die Verwendung von Dark Patterns an sich zu untersagen.<sup>254</sup> Unzulässig wäre danach, Dark Patterns zu verwenden, um gewissen Entscheidungen zu erreichen. Dies sieht seit dem Jahr 2020 der *California Consumer Privacy Act (CCPA)* vor – hiernach gilt, dass eine „Zustimmung, die durch die Verwendung von Dark Patterns erlangt wurde“<sup>255</sup>, keine wirksame Einwilligung hervorbringt. Entscheidender Nachteil einer solchen Regelung ist gleichwohl, dass der Begriff der ‚Dark Patterns‘ aus sich heraus unbestimmt ist.<sup>256</sup> So wäre es jedenfalls angezeigt, dass eine dahingehende gesetzliche Regelung den Begriff legaldefiniert.

Ein spezifisches Verbot bzw. eine Legaldefinition von Dark Patterns sollte sich aus den bis hierhin gewonnenen Erkenntnissen speisen. Ein Vorbild kann ein spezifisches Verbot in Regelungen finden, die nicht *expressis verbis* ‚Dark Patterns‘ verbieten, jedoch entsprechende inhaltliche Vorgaben machen. So untersagt es der DSA, Nutzer:innen zu manipulieren oder anderweitig ihre Fähigkeit zur freien Entscheidung maßgeblich zu beeinträchtigen (Art. 25 Abs. 1

<sup>253</sup> Vgl. oben Erster Teil, Fn. 247. Spezifisch zu Dark Patterns *McSpedden-Brown*, *Dark Commercial Patterns*, 2022, S. 39 f.

<sup>254</sup> Zur Vorsicht mahnend *Eidenmüller*, *JZ* 2005, 216 (223 f.).

<sup>255</sup> Sec. 14 lit. h *California Privacy Rights Act of 2020 (CPRA)*, zur Änderung von Sec. 1798.140 lit. h Nr. 1 *Cal. Civil Code (California Consumer Privacy Act 2018, CCPA)*: „agreement obtained through use of dark patterns“. Den Anfang machte insoweit die U.S.-amerikanische Gesetzgebungsinitiative des *DETOUR-Acts*, die Dark Pattern einen Riegel vorschieben wollte; Sec. 3(a) *Deceptive Experiences to Online Users Reduction Act (DETOUR Act)*, S. 1084, 116<sup>th</sup> Congress (9.4.2019); vgl. hierzu *Hung*, *Col. L. R.* 121 (2021), 2483 (2505 f.).

<sup>256</sup> *Martini/Drews et al.*, *ZfDR* 2021, 47 (49 ff.); *Martini/Drews*, *Making Choice Meaningful*, *SSRN*, 2.11.2022, S. 28.

DSA). Dieser Ansatz greift bereits zentrale Erkenntnisse der vorliegenden Arbeit auf: Mithilfe des Topos der Manipulation vermag es der DSA, untersagte Einflüsse von Täuschung und Drohung abzugrenzen.

Doch ist es ratsam, statt des wiederum vagen Begriffs der ‚Manipulation‘ unmittelbar die untersagte Methode der Einwirkung zu adressieren, soweit dies gesetzgebungstechnisch möglich ist. Basierend auf den bisherigen Erkenntnissen ist es am bestimmtesten, zu untersagen, dass Anbieter:innen ‚Interface Designs verwenden, die Rationalitätsdefizite ausnutzen und die Nutzer:innen so zu einem für sie nachteiligen Verhalten bringen.<sup>257</sup> Um wiederum auf Fachbegriffe zu verzichten, wäre es alternativ denkbar zu untersagen, ‚eine Entscheidungsumgebung zu verwenden, die Entscheidungsschwächen anspricht oder verstärkt und damit Entscheidungen hervorruft, die nicht im Interesse der Entscheider:innen liegen‘.

Im juristischen Sinne würde ein solches Verbot an die Normen zum Schutz der Willensfreiheit anknüpfen, etwa das Verbot der arglistigen Täuschung sowie der widerrechtlichen Drohung (§ 123 Abs. 1 BGB). Gerade in diesem Kontext wäre es schließlich aus gesetzgebungstechnischen Gründen denkbar, das untersagte Verhalten pointierter zu benennen. Insbesondere um eine Angleichung an die Kategorien der Täuschung und Drohung herzustellen, kann es – in Verknüpfung mit den Gesetzgebungsmaterialien – genügen, auf eine ‚verwerfliche Entscheidungsbeeinflussung‘ oder gar nur auf ‚Manipulation‘ zu rekurrieren.

#### b) Bewertung

Ein Verbot des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten wirkt in Bereichen adäquat autonomie-schützend, in denen nicht höchster Autonomieschutz gefordert ist. Dies betrifft alltägliche kommerzielle Entscheidungen (Art. 2 Abs. 1 GG) und den Datenschutz (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>258</sup> Zudem ist ein solches Verbot für die Verwender:innen nicht übermäßig belastend. Es etabliert alleine eine Grenze für aktives Handeln, nicht hingegen eine allgemeine Sorgfaltspflicht. Zudem zeichnet sich ein solches Verbot dadurch aus, dass es nur in kleinem Maß überschießende Wirkungen entfaltet, mithin unter den Geschützten wenige *False Positives* hervorruft: Lediglich Menschen, die aufgrund des an sich verwerflichen Einflusses eine effizientere Entscheidung getroffen hätten, sind nun auf ihren eigenen Entscheidungsprozess zurückgeworfen.

Was die großen Betroffenenzahlen im digitalen Raum betrifft, ist für die Wirksamkeit des Verbots schließlich entscheidend, wie es sanktioniert bzw. effektuiert ist. Als Rechtsfolge kommt in Betracht, dass die Wirksamkeit der Willenserklärung *ipso iure* entfällt (im Sinne einer Nichtigkeit bzw. Unwirksam-

---

<sup>257</sup> Vgl. zu der entsprechenden Definition von Dark Patterns in der vorliegenden Arbeit oben § 1 A. V. 1.

<sup>258</sup> Vgl. zum Mindestschutzmaß oben § 5 C.

keit) oder ein Anfechtungs- bzw. Widerrufsrecht besteht. Es ist zu erwarten, dass nur schwer betroffene Nutzer:innen sich auf Nichtigkeit berufen oder ein Anfechtungsrecht ausüben würden. Insofern ist dem Autonomieschutz ein Mechanismus zuträglich, der über die individuelle private Durchsetzung hinausreicht. Ein Zugewinn an Schutz ließe sich erreichen, gäbe es Mittel der hoheitlichen Durchsetzung (wie im Datenschutzrecht) sowie der kollektiven privaten Durchsetzung (wie im Wettbewerbsrecht).<sup>259</sup> Vorzugswürdig ist es mithin, nicht nur das allgemeine Vertragsrecht, sondern gerade das Datenschutz- wie Lauterkeitsrechts entsprechend zu ergänzen. Dies würde einen hinreichenden Mindestschutz vor Dark Patterns sicherstellen.<sup>260</sup>

### 3. Weitere Vorgaben zur Entscheidungsgestaltung

Verbietet der Gesetzgeber es, Rationalitätsdefizite auszunutzen, erreicht er damit bereits einen weitgehenden Autonomieschutz. Zugleich birgt ein solches Verbot die Gefahr, wegen seiner inhaltlichen Offenheit in besonders sensiblen Bereichen nicht genug Schutz zu erreichen. So kann es – zusätzlich – hilfreich sein, spezifisch vorzugeben, wie die Verwender:innen die Entscheidungsumgebungen zu gestalten haben.

#### a) Gewisse Designs unterbinden bzw. vorgeben

Gewisse Designs, die Rationalitätsdefizite besonders ansprechen, kann der Gesetzgeber *spezifisch* unterbinden. Dies betrifft etwa Opt-outs, Klickwege, Countdowns, farbliche Hervorhebungen etc. Ihre Verwendung könnte der Gesetzgeber untersagen. Alternativ könnte er kontextspezifisch gewisse Entscheidungsgestaltungen positiv *vorgeben*. So etwa die Gestaltung eines Zwangs zur Entscheidung (*Mandated Choice*)<sup>261</sup> oder eines *Opt-ins*. Im Ergebnis sind dies zwei Seiten einer Medaille: Der Unterschied ist, dass Vorgaben den Entscheidungsarchitekt:innen weniger Spielraum lassen als Untersagungen.

Beispiele dafür, dass der Gesetzgeber spezifische Gestaltungen untersagt bzw. vorgibt, finden sich bereits heute. So besteht eine Vielzahl an *Opt-out*-Verboten (etwa *Privacy by Default*, Art. 25 Abs. 2 DSGVO), mithin Designunterbindungen. Doch auch Designvorgaben finden sich, etwa in der Form von *Opt-in*-Geboten für Zusatzleistungen bei Flugbuchungen.<sup>262</sup> Daneben gibt es Vorgaben, die die

<sup>259</sup> S. etwa *Ruscheimer*, MMR 2021, 942 (943 f.). Vgl. auch den Streit um eine haftungsrechtliche Lösung: für verschuldensunabhängige Haftung *Hanson/Kysar*, Harv. L. Rev. 112 (1999), 1420 (1553 ff.); a. A. *Henderson/Rachlinski*, Roger Williams U. L. Rev. 6 (2000), 213 (244 ff.); erwidern *Hanson/Kysar*, Roger Williams U. L. Rev. 6 (2000), 259 (313 ff.); zum deutschen Recht *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 654 ff.

<sup>260</sup> S. hierzu bereits oben § 5 D. L., II., III.

<sup>261</sup> *Martini/Weinzierl*, RW 10 (2019), 287 (290 ff.).

<sup>262</sup> Art. 23 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 vom 24.9.2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft

Gestaltung von Schaltflächen konkret anordnen – wie die Button-Lösung zum Abschluss von Verträgen online (§ 312j Abs. 3, 4 BGB).<sup>263</sup>

Der Nachteil dieses Ansatzes ist, dass es sich um eine *One-size-fits-all*-Lösung handelt, die für neue Entwicklungen und Erkenntnisse wenig flexibel ist.<sup>264</sup> Konkrete Designvorgaben sind insofern anfällig dafür, dass Verwender:innen sie umgehen. Dies zeigt sich gerade anhand der DSGVO (bzw. ePrivacy-RL): Hier verwenden zwar immer weniger Anbieter:innen ein ‚klassisches‘ Opt-out, andere Dark Patterns haben dafür entscheidend zugenommen. Entsprechend wäre gerade eine Negativliste alleine als Ergänzung zu einem allgemeinen Verbot anzuraten. Besonders zielgenau würde sich eine solche Negativliste in das Lauterkeitsrecht einfügen – namentlich in den Anhang I UGP-RL bzw. den Anhang zu § 3 UWG (Schwarze Liste). Diese Schwarzen Listen könnte der Gesetzgeber um spezifische Beispiele für verbotene Beeinflussungen ergänzen.<sup>265</sup>

Zugleich erreicht eine derartige Regelung nur dann ihr Ziel und ist damit den Verwender:innen zumutbar, wenn die Steuerungswirksamkeit hinreichend bekannt ist. Dies ist für klassisch stark wirkende Steuerungsinstrumente der Fall. Nachteile bestehen insoweit, als ein Gebot die Gefahr birgt, dass der Staat selbst zum (mittelbar) Lenkenden wird – etwa bei einem *Opt-in*-Gebot. Er griffe so selbst in die Prozessautonomie ein. Zudem kann er vermehrt *False Positives* hervorbringen. Insofern sind Designgebote nur dort zu erwägen, wo die lenkende Wirkung jedenfalls dem Interesse der Mehrheit der Geschützten entspricht.

#### b) Begrenzung der Wirkungsstärke

Denkbar ist es, nicht Designs selbst, sondern abstrakt den Grad der zulässigen Steuerung zu begrenzen. So enthält der DSA ein Verbot von Dark Patterns (Art. 25 DSA), das die Wirkungsstärke des verbotenen Einflusses näher bestimmt: Nicht erlaubt ist es, Entscheidungen *maßgeblich* zu beeinträchtigen. Wie oben bereits dargelegt, ist die Wirkungsstärke, d. h. die Häufigkeit bzw. Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Einzelnen von einer (möglichst) neutralen Entscheidungs-

---

(Neufassung), ABl. L 293 v. 31.10.2008, S. 3 ff. (Luftverkehrsdienste-VO): „die Annahme der fakultativen Zusatzkosten durch den Kunden erfolgt auf ‚Opt-in-Basis‘“; vgl. bereits *Martini/Weinzierl*, RW 10 (2019), 287 (298).

<sup>263</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 17/7745, 16.11.2011, S. 7; *Wendehorst*, in: Säcker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 2022, § 312j, Rn. 22 ff. Bei einem Verstoß kommt kein Vertrag zustande, § 312j Abs. 4 BGB. Vgl. auch den Ansatz von *Sartor/Lagioia et al.*, Behavioral Advertising, 2021, S. 113 f.

<sup>264</sup> *Kühling/Sauerborn*, CR 2022, 226 (234).

<sup>265</sup> Eine solche Liste sah etwa das Europäische Parlament in seiner Stellungnahme zum DSA-E der Europäischen Kommission vor; vgl. Abänderungen des Europäischen Parlaments vom 20.1.2022 zu dem Vorschlag für eine Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) (COM(2020)0825 – C9–0418/2020 – 2020/0361 (COD)), P9\_TA(2022)0014, Abänderung 202 – Artikel 13 a (neu). Hierfür auch *Datenethikkommission*, Gutachten, 2019, S. 102; *Martini/Drews*, Making Choice Meaningful, SSRN, 2.11.2022, S. 29; hiergegen *Kühling/Sauerborn*, CR 2022, 226 (234).

situation abweichen, sowohl quantitativ als auch qualitativ bestimmbar.<sup>266</sup> Dies ermöglicht es, eine *quantitative* Grenze der Wirkungsstärke festzulegen, etwa von 25 %-Punkten Abweichung von der (hypothetisch) unbeeinflussten Entscheidung.<sup>267</sup> Nach einer *qualitativen* Effektermittlung wäre es möglich, etwa jede als ‚sehr stark‘, ‚stark‘ oder ‚schwach‘ zu beurteilende Verhaltenssteuerung zu untersagen.<sup>268</sup>

Derartige Regelungen leiden zwar an einem Erkenntnisproblem: Es ist jeweils aufwändig festzustellen, welche Gestaltungen im Einzelnen wie stark wirken. Dies gilt umso mehr, je disparater die Effekte angesichts einer inhomogenen Entscheider:innengruppe sind. Für Vorgaben zum Grad der zulässigen Wirkungsstärke spricht jedoch, dass sie eine große Offenheit für aktuelle Erkenntnisse und Entwicklungen besitzen. Begrenzungen der Wirkungsstärke können gerade die Tendenz von Unternehmen einhegen, stets neue Formen der Steuerung und Einflussnahme zu finden. Am Ende entstünde zwar ein Tauziehen darum, ob eine Entscheidungsgestaltung im Einzelfall die Schwellenwerte einhält. Umgehungsversuchen (gerade im Vergleich zu Designverboten oder -vorgaben) beugt eine solche Regelung dennoch vor.

Die Begrenzung der Wirkungsstärke ist mit Blick auf das Mindestschutzmaß gerade in Bereichen angezeigt, die einen besonders hohen Schutz der inneren Sphäre verlangen. Hier ist es notwendig, bereits schwache Einwirkungen auszuschließen. Dies ist etwa bei der Verarbeitung besonders schutzbedürftiger personenbezogener Daten der Fall.<sup>269</sup> Zugleich ist dies den Verwender:innen zumutbar. Zwar treffen sie dann weitreichende Verpflichtungen, die Entscheidungsgestaltung darauf zu prüfen, wie sie auf den Entscheidungsprozess wirkt. Doch ist dies im Rahmen der Optimierung wegen der besonderen Bedeutung der Grundrechte der Betroffenen angemessen.

### c) Begrenzung der Einwirkungsrichtung

Vorgeben ließe sich zudem, in welche Richtung eine Steuerung gegebenenfalls zu wirken hat. So könnte der Gesetzgeber festlegen, dass eine Steuerung jedenfalls nicht in die eine oder in die andere Richtung erfolgen muss – mithin weg von oder hin zu einem gewissen Entscheidungsergebnis bzw. einem gewissen Ziel. Denkbar wäre etwa, dem Grundsatz des *Privacy* bzw. *Data Protection by Design*

<sup>266</sup> S. oben § 2 C. III. 3. b) ii).

<sup>267</sup> Dies liegt insofern parallel zu der Schwelle, die die Gerichte für eine relevante Täuschungswirkung i. R. d. § 5 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. UWG fordern; vgl. *BGH*, NJW 2004, 439 (440): Irreführungsquote von 15–20 % nicht ausreichend am Kapitalanlagemarkt; *OLG München*, PharmR 2005, 181 (185 f.): Irreführungsquote von 25–33 % ausreichend bei der Arzneimittelwerbung. Für eine ähnliche Schwelle auch *Lupiáñez-Villanueva/Boluda et al.*, *Unfair Commercial Practices*, 16.5.2022, S. 109, die ein Verbot bei einer Verdoppelung der Entscheidungsrate fordern.

<sup>268</sup> *Martini/Weinzierl*, RW 10 (2019), 287 (303).

<sup>269</sup> S. oben § 5 D. I. 1.

entsprechend zu fordern, dass eine Steuerung, soweit sie nicht vermeidbar ist, in Richtung der datenschutzfreundlichen Alternative erfolgen muss (manche sprechen von „Bright Patterns“<sup>270</sup>).<sup>271</sup> In eine ähnliche Richtung gehen Regelungen, die ein gewisses Design vorgeben – wie etwa ein *Opt-in*-Gebot. Dies entspricht – soweit gegenwärtig erkennbar – einer Lenkung *weg* von der zu treffenden Entscheidung hin zu weniger Zusatzleistungen. Die allgemeine Vorgabe der Einwirkungsrichtung löst sich jedoch von der konkreten Gestaltung und legt es in die Hände der Entscheidungsarchitekt:innen, zu wählen, wie sie die Vorgabe am besten erfüllen.<sup>272</sup>

Aus Sicht der verfassungsrechtlichen Pflicht, Entscheidungsautonomie zu schützen, droht eine solche Regelung, das eigentliche Ziel zu verfehlen. Gerade *Bright Patterns* bedienen sich derselben Methoden, die *Dark Patterns* verwenden.<sup>273</sup> Damit steht der Gesetzgeber – wie bei *Nudges* i. w. S. – im Verdacht, Entscheidungsdefizite zu paternalistischen Zwecken auszunutzen. Aus grundrechtlicher Sicht ist bereits deswegen von einer solchen gesetzlichen Vorgabe abzuraten.

#### d) Neutralitäts- bzw. *Fairness-by-Design*-Pflicht

Schließlich sind Vorgaben denkbar, die ‚Gleichwertigkeit‘ oder ‚Neutralität‘<sup>274</sup> von Entscheidungsoptionen – in graphischer, kontextueller etc. Hinsicht – vorzusehen.<sup>275</sup> In diese Richtung geht die Idee einer *Fairness-by-Design*-Pflicht.<sup>276</sup> Diese Ansätze vermögen es, einen weiten Bogen zu spannen und potenziell alle Problemlagen zu erfassen.

---

<sup>270</sup> Graßl/Schraffenberger et al., JDSR 3 (2021), 1 (26); Martini/Drews, Making Choice Meaningful, SSRN, 2.11.2022, S. 30 f.

<sup>271</sup> Sartor/Lagioia et al., Behavioral Advertising, 2021, S. 113 f.

<sup>272</sup> Vgl. den Vorschlag des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Wahlfreiheit in digitalen Märkten, 2021, S. 17, dass die „Entscheidungsarchitektur [...] nicht übermäßig die kommerziellen Interessen von Gatekeepern zum Nachteil von Verbrauchern oder dritten Unternehmen begünstigen“ darf.

<sup>273</sup> Vgl. zu diesem Verständnis Graßl/Schraffenberger et al., JDSR 3 (2021), 1 (4).

<sup>274</sup> Vgl. Committee on Industry, Research and Energy for the Committee on the Internal Market and Consumer Protection of the European Parliament, Opinion on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act) (COM(2020)0842 – C9–0419/202 – 2020/0374(COD)), ITRE\_AD(2021)693907, 24.11.2021, Amendment 158 – Article 11 – paragraph 3; auch *McSpedden-Brown*, Dark Commercial Patterns, 2022, S. 37, schlägt dies vor.

<sup>275</sup> Schließlich ließe sich auch (absolute) Unbeeinflusstheit fordern. Dies ist jd. – wie die Ausführungen zur Unvermeidbarkeit der Entscheidungslenkung gezeigt haben, oben § 2 C. III. 1. b) – tatsächlich unmöglich. Insoweit unterscheidet sich die Entscheidungslenkung von der Täuschung. Keine Täuschung bzw. kein Irrtum ist möglich. Sie liegt näher an der Drohung. Denn eine Entscheidung ganz ohne Druck ist nicht denkbar. Entscheidend ist i. E. das Maß des Drucks bzw. sein Zweck. Gleiches gilt grds. auch für die Verhaltenssteuerung.

<sup>276</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Wahlfreiheit in digitalen Märkten, 2021, S. 5, 17: etwa ein „principle of neutral design“ bzw. ein Verbot von „non-neutral“ Design.

Derartige Vorgaben sind jedoch stark ausfüllungsbedürftig. So zeigen neuere Studien, dass ‚Gleichwertigkeit‘ der Entscheidungsoptionen nicht unbedingt gleichbedeutend mit ‚Neutralität‘ ist: Gleichwertige Entscheidungsumgebungen können einen vorhersehbaren Einfluss auf die Entscheider:innen haben. So kann es sein, dass ein Gewöhnungseffekt eintritt und Menschen bei einer vorergründig neutralen Entscheidungsumgebung die für sie ungünstige Entscheidung treffen.<sup>277</sup> Hier bewirkt selbst eine an sich gleichwertige Entscheidungsumgebung eine Verhaltenslenkung. Nur eine Steuerungsvorgabe in eine gewisse Richtung (oben c)) oder die Vorgabe eines entsprechenden Designs (oben a)) kann dann abhelfen. Was wiederum ‚Fairness‘ bedeutet, ist ebenfalls auslegungsbedürftig. Gerade im Spannungsfeld zwischen Entscheidungsautonomie und paternalistischer Ergebnisgerichtetheit etwa eines *Privacy-by-Default*-Prinzips ist schwer ermittelbar, was genau Fairness meint.

In Summe zeigt sich, dass derartige Ansätze zwar geeignet sind, einen gewissen regulativen Grundgedanken auszudrücken, so wie die DSGVO sog. „Grundsätze“ der Datenverarbeitung aufstellt (Art. 5 DSGVO).<sup>278</sup> Um jedoch effektiven Schutz der inneren Sphäre zu gewährleisten, muss der Gesetzgeber weiter gehen und spezielle Regelungen gerade für Einzelfälle treffen.

#### e) Bewertung

Maßnahmen, die Entscheidungsgestaltungen spezifisch vorgeben, haben Vor- und Nachteile gegenüber einem allgemeinen Verbot des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten.

Ihr größter Vorteil ist, dass sie für spezifische Rechtsgebiete dort vorherrschende Schutzbedürfnisse und Bedrohungslagen zielgenau erfassen können. Großes Potenzial bergen Regelungen, die Designgestaltungen vorgeben, mit Blick auf große Fallzahlen (*n*). Sie sind in der Lage, inkrementelle Steuerung vorzunehmen und so in Situationen wie etwa bei Dark Patterns kleine Lenkungseffekte abzuwenden. Dabei zeigt sich oft ein Zielkonflikt: Maßnahmen bewegen sich im Spannungsfeld zwischen der Wahrung von Entscheidungsautonomie und der Verfolgung paternalistischer Ergebnisgerichtetheit. Ob ein *Opt-in*-Gebot etwa Entscheidungsautonomie erhält oder selbst eine Lenkungswirkung entfaltet, die den *Default Bias* ausnutzt, ist wohl nur im Einzelfall ermittelbar. Zudem kann ein solches Gebot auf verschiedene Betroffene unterschiedlich

<sup>277</sup> Graßl/Schraffenberger et al., JDSR 3 (2021), 1 (1 ff.); zu diesem Problem auch Martini/Drews, Making Choice Meaningful, SSRN, 2.11.2022, S. 30.

<sup>278</sup> Vgl. insofern die nicht abschließend geklärte Frage zur Rechtsverbindlichkeit der Grundsätze; für Rechtsverbindlichkeit wohl *EuGH*, Urt. v. 24.9.2019 – C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772, Rn. 64 – CNIL = NJW 2019, 3499 (3501, Rn. 64); Schantz, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 2022, Art. 5 DSGVO, Rn. 2 f.; a. A. wohl Frenzel, in: Paal/Pauly (Hrsg.), BeckKK DS-GVO BDSG, 2021, Art. 5 DS-GVO, Rn. 9 ff.

wirken. Insofern ist es vor allem bedeutend, diese eventuelle Lenkungswirkung zu erkennen und wiederum in die Abwägung einzustellen.

Regelungen, die Entscheidungsgestaltungen spezifisch vorgeben, bergen zugleich die Gefahr einer Überregulierung. Gerade Vorgaben zur Steuerungsrichtung oder zu Designgestaltungen können *False Positives* hervorrufen, indem sie Lenkungseffekte auf solche Entscheider:innen ausüben, die andernfalls richtige Entscheidungen getroffen hätten. Sie wirken mithin weniger asymmetrisch als Vorgaben, die lenkende Designs unterbinden. Schließlich greifen Maßnahmen, die Entscheidungsgestaltungen spezifisch anordnen, stärker in die Freiheit der Regelungsadressat:innen ein. Denn sie legen ihnen positive Pflichten auf.

Übertragen auf das Datenschutzrecht legt dies nahe, dass es nur in besonders sensiblen Bereichen, etwa von Art. 9 DSGVO erfassten Datenverarbeitungen wie Gesundheitsdaten, ob des größeren Schutzbedürfnisses angezeigt ist, die erlaubten Entscheidungsgestaltungen spezifisch zu regeln. Da hier zugleich die Möglichkeit asymmetrischer Interessenslagen groß sein kann, sind Regelungen zur Wirkungsstärke eine naheliegende Option. Der Gesetzgeber sollte hier jede mehr als schwach wirkende Verhaltenssteuerung für unzulässig erklären.<sup>279</sup>

#### 4. Vorfeldschutz

Weitere Maßnahmen könnten sich mit den Methoden befassen, mithilfe derer Unternehmen Rationalitätsdefizite besonders effektiv ausnutzen können. Die Möglichkeiten, Entscheidungsarchitekturen im digitalen Raum zu testen (unten a)) sowie KI-Systeme zu verwenden (unten b)), geraten in den Blick.

##### a) Begrenzung von A/B-Tests; Test-Repositoryn; Informationsanspruch

Verwender:innen können mithilfe sog. A/B-Tests empirisch ermitteln, welche Entscheidungsgestaltung die größtmögliche Lenkungswirkung entfaltet.<sup>280</sup> Damit legen Verwender:innen die Grundlage dafür, Dark Patterns zu gestalten und so Rationalitätsdefizite besonders effizient auszunutzen.<sup>281</sup> Der Staat könnte hier regulierend eingreifen.<sup>282</sup>

Ein Verbot von A/B-Tests würde es zwar nicht unmöglich machen, Rationalitätsdefizite auszunutzen. Designer:innen könnten sich weiterhin auf vorhandene Studien wie auch ihre Erfahrung stützen. Gleichwohl wäre die besondere Wirkungssteigerung unterbunden, die dem Testen innewohnt. Jedoch verbergen sich hier Risiken. Ein allgemeines Testverbot würde Tests unterbinden, die im

---

<sup>279</sup> Klarstellend, folgt man *Martini/Weinzierl*, RW 10 (2019), 287 (312), wonach dies heute bereits bei entsprechender Auslegung der DSGVO die Grenze zulässiger Beeinflussung ist.

<sup>280</sup> S. oben § 1 A. V. 2. b).

<sup>281</sup> Diese Gefahr beschreibt auch die *Europäische Kommission*, Guidance UCPD, 29.12.2021, S. 99.

<sup>282</sup> Hierfür wohl auch *Martini/Kramme et al.*, MMR 2023, 399 (401).

Interesse der Verbraucher:innen geschehen – etwa um Entscheidungsarchitekturen effizienter zu gestalten und die Präferenzreicherung zu vereinfachen. Insofern stellen Testverbote einen durchaus erheblichen Eingriff in die Grundrechte der Anbieter:innen dar. Diesen würde eine wesentliche Möglichkeit genommen, ihre Angebote im Sinne der Absatzchance zu optimieren.

Eine weniger eingriffsintensive Regulierung liegt darin, Verwender:innen zu verpflichten, Test-Repositoryn bereitzustellen. In diesen müssten sie Informationen zu genutzten und getesteten Entscheidungsgestaltungen hinterlegen und veröffentlichen. Ähnliches sieht der DSA für Werbung auf sehr großen Online-Plattformen vor (Art. 39 DSA). Test-Repositoryn ermöglichen Transparenz und insofern Kontrolle, etwa durch Verbraucher:innenschutzorganisationen oder die Forschung.

Ebenfalls denkbar ist es, Einzelnen einen Informationsanspruch an die Hand zu geben, nachdem sie darüber zu informieren sind, ob ein Interface einem A/B-Test entsprungen ist oder die Verwender:innen es aktuell in einem solchen testen.<sup>283</sup> Ein Informationsanspruch würde darüber hinaus unmittelbar Betroffenen jedenfalls die Möglichkeit geben, zu erkennen, dass sie mit verhaltenslenkenden Entscheidungsarchitekturen in Kontakt kamen.

Derartige Vorgaben wären zwar nicht geeignet, zu unterbinden, dass Verwender:innen auf die Entscheidungen ihrer Gegenüber einwirken. Insofern begegnen sie nicht direkt den Bedrohungen der inneren Autonomie. Sie wirken jedoch mittelbar, indem sie (gezielten) Übergriffen die Grundlage entziehen oder jedenfalls eine Kontrolle ermöglichen. Insofern wären sie geeignet, ein allgemeines Verbot des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten zu unterstützen. Gerade Test-Repositoryn können hier hilfreiche Einblicke ermöglichen, die Betroffenen, Verbraucher:innenschutzorganisationen, Forschung und Aufsichtsbehörden sonst verborgen blieben. Auf der anderen Seite sind Test-Repositoryn und ein Informationsanspruch wenig eingriffsintensiv. Sie erlauben es Anbieter:innen weiterhin, Benutzungsoberflächen zu optimieren. Sie bergen alleine die Gefahr, Geschäftsgeheimnisse zu verletzen. Das Risiko hierfür scheint jedoch nicht außerordentlich hoch, denn relevante Entscheidungsarchitekturen sind zumeist öffentlich einsehbar. Entscheidend ist, dass Test-Repositoryn und ein Informationsanspruch ein Gegengewicht schaffen zu den Einflussmöglichkeiten, die gerade Anbieter:innen mit großen Nutzer:innenzahlen haben. Hier vermögen Test-Repositoryn es, ein Stück weit Waffengleichheit herzustellen.

#### *b) Regulierung verwendeter KI-Systeme*

Als weitere Vorstufe ließen sich Systeme künstlicher Intelligenz (KI-Systeme) regulieren, die Anbieter:innen dazu einsetzen, Entscheidungsumgebungen

---

<sup>283</sup> Vgl. ähnliche Vorschläge zu personalisierten Preisen *Lynskey/Micklitz et al.*, in: Helberger/Lynskey/Micklitz et al. (Hrsg.), *EU Consumer Protection 2.0*, 2021, S. 92, 145.

zu entwerfen, zu testen oder auszuspüren.<sup>284</sup> Betroffene würden so zwar nicht davor geschützt, dass Anbieter:innen ihren Entscheidungsprozess beeinflussen. Anbieter:innen würde es jedoch wesentlich erschwert, Entscheidungen automatisiert, getestet und personalisiert zu beeinflussen. Ebendiesem Weg schlägt die Kommission in ihrem Entwurf für ein Gesetz über Künstliche Intelligenz (AI Act) vor.<sup>285</sup> Dieser sieht spezifische Verbote vor für „Techniken der unterschweligen Beeinflussung außerhalb des Bewusstseins einer Person [...], um das Verhalten einer Person in einer Weise wesentlich zu beeinflussen“<sup>286</sup>. Ergreift der Gesetzgeber eine derart weitgehende Maßnahme, kann er – parallel zu einem generellen Verbot des Ausnutzens – die innere Sphäre weitgehend schützen.<sup>287</sup> In ihren spezifischen Implikationen reicht die Bedeutung einer solchen Regulierung jedoch über das hier zu Leistende hinaus. Sie bedarf einer gesonderten Untersuchung.

### 5. Aufhebung der Entscheidung

Schließlich ist es denkbar, die Entscheidungsmöglichkeit selbst aufzuheben. Der Gesetzgeber kann die Entscheidung dort, wo Dark Patterns auftreten, durch eine eigene Bewertung ersetzen. Im Datenschutzrecht etwa könnte der Gesetzgeber die Möglichkeit begrenzen, in Datenverarbeitungen einzuwilligen und selbst definieren, welche Datenverarbeitungen zulässig sind. So könnte die e-Privacy-VO gewisse Tracking-Methoden qua Gesetz für unzulässig erklären – etwa Third-Party-Cookies oder nicht-notwendige Cookies.<sup>288</sup> Einen nachgelagerten Aspekt

---

<sup>284</sup> Vgl. grds. zu dem weiten Feld der Regulierung von KI *Martini*, JZ 72 (2017), 1017 (1017 ff.); *Hoffmann-Riem*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hrsg.), *Regulating Artificial Intelligence*, 2020, S. 1, 5 ff.

<sup>285</sup> *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz), COM(2021) 206 final v. 21.4.2021 [AI-Act-Entwurf]; hierzu *Veale/Zuiderveen Borgesius*, CRI 22 (2021), 97 (97 ff.). In diese Richtung auch bereits die *Datenethikkommission*, Gutachten, 2019, S. 18.

<sup>286</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. a) AI-Act-Entwurf – wenn auch mit Einschränkungen, etwa wegen der Voraussetzung des „physischen oder psychischen Schaden[s]“. Diese Einschränkung übersieht gerade, dass hiermit bereits eine Autonomieverletzung verbunden ist. Weiter gehend noch eine zuvor „geleakte“ Version, die vorsah, solche KI-Systeme zu verbieten, „die so entworfen oder verwendet werden, dass menschliches Verhalten, Meinungen oder Entscheidungen durch Auswahlarchitekturen oder andere Elemente von Benutzungsoberflächen manipuliert werden und eine Person dazu veranlassen, sich zu verhalten, eine Meinung zu bilden oder eine Entscheidung zu ihrem Nachteil zu treffen“, *Europäische Kommission*, European Approach for AI, 14.4.2021, S. 24, Art. 4 Abs. 1 lit. a; Übers. d. Verf. Vgl. zu dem Regelungsentwurf *Bastians*, in: Steinrötter (Hrsg.), *Europäische Plattformregulierung*, 2023, § 21, Rn. 18 ff.; Kritik am engen Schadensbegriff u. a. bei *Feuersack/Becker et al.*, ZfDR 2023, 421 (439).

<sup>287</sup> Vgl. jd. *Martini/Kramme et al.*, MMR 2023, 399 (399 f.), zu den Limitationen des AI-Act-Entwurfs.

<sup>288</sup> Hierzu *Zuiderveen Borgesius/Kruikemeier et al.*, Eur. Data Prot. L. Rev. 3 (2017), 353 (367); *Graßl/Schraffenberger et al.*, JDSR 3 (2021), 1 (15); *Martini/Drews*, Making Choice Meaningful, SSRN, 2.11.2022, S. 23 f. In diese Richtung denkt auch *Solove*, Murky Consent, 2023, S. 44 f.

regelt der DSA: Anbieter:innen von Online-Plattformen dürfen Nutzer:innen keine Werbung anzeigen, die auf besonderen Kategorien personenbezogener Daten basiert (Art. 26 Abs. 3 DSA) oder an Minderjährige gerichtet ist (Art. 28 Abs. 2 DSA). Betroffenen ist damit die Möglichkeit genommen, in solche Praktiken einzuwilligen. Ähnlich könnte der Gesetzgeber in anderen Bereichen vorgehen, die von Dark Patterns geprägt sind. So könnte er gewisse Zusatzdienste bei Reisebuchungen untersagen. Auf eine Entscheidung (der Einzelnen) kommt es in diesen Situationen dann nicht mehr an.

Hebt der Gesetzgeber eine Entscheidung auf, schützt er die Betroffenen effektiv davor, dass die Verwender:innen ihre Rationalitätsdefizite ausnutzen. Denn in diesem Fall bleibt keine Entscheidungsmöglichkeit, die die Verwender:innen beeinflussen könnten. Zugleich zeigt sich aber, dass ein solches Verbot tief in die Vertragsfreiheit der Verwender:innen wie der Geschützten eingreift. Es steht zudem in der Gefahr, erhebliche *False Positives* hervorzurufen: Selbst Entscheider:innen, die sich nach freier Abwägung für die verbotene Option entscheiden würden, ist dies versagt.<sup>289</sup> Insofern bedingt das Aufheben der Entscheidung erhebliche Frustrationskosten: Betroffene können es leicht als paternalistisch empfinden. Auf Seite der Verwender:innen wiederum begründet eine derartige Grenze ebenfalls weitgehende Eingriffe, die teilweise gar die Grenze zur objektiven Berufswahlregelung berühren können – ein Verbot von Cookies etwa würde einen gesamten Industriezweig in Frage stellen.

Um Dark Patterns zu begegnen, scheint ein derart weitgehendes Vorgehen nur in Ausnahmefällen angezeigt: wenn Schutz nicht anders zu gewährleisten ist, wenn Entscheidungen weit überwiegend von Dark Patterns beeinflusst sind sowie wenn die Entscheidungen ein sehr hohes Schutzniveau erfordern. Im Bereich des Trackings von besonderen Kategorien personenbezogener Daten oder von Daten Minderjähriger kann diese Schwelle in der Tat erreicht sein. Bei anderen personenbezogenen Daten und anderen Verarbeitungskontexten wie auch außerhalb des Bereichs der Datenverarbeitung braucht es hierfür konkrete Anzeichen im Einzelfall.

### III. Handlungsempfehlungen für den Schutz vor Dark Patterns

Will der Gesetzgeber den Schutzauftrag der Handlungsnorm für die Prozessautonomie erfüllen, stehen drei wirksame Mittel bereit, die er ergreifen sollte: unmittelbarer Entscheidungsschutz, Vorfeldschutz sowie das Aufheben der Entscheidung.<sup>290</sup>

<sup>289</sup> Zuiderveen Borgesius/Kruikemeier et al., Eur. Data Prot. L. Rev. 3 (2017), 353 (367); Martini/Drews, Making Choice Meaningful, SSRN, 2.11.2022, S. 24.

<sup>290</sup> Vgl. McSpedden-Brown, Dark Commercial Patterns, 2022, S. 40, der sich ebenfalls für eine Mischung aus „principle- and [...] rule-based approach“ ausspricht.

*Unmittelbarer Entscheidungsschutz* ist grundsätzlich das Mittel der Wahl, um dem grundgesetzlichen Schutzauftrag für die innere Sphäre Folge zu leisten. Insofern ist es angezeigt, mittels eines Verbots dagegen vorzugehen, dass Verwender:innen die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen. Um Dark Patterns wirksam zu begegnen, ist ein gesetzgeberisches Vorgehen an verschiedenen Stellen ratsam. Zum Ersten sollte der Gesetzgeber § 123 Abs. 1 BGB erweitern, um den Einzelnen ein individuelles Anfechtungsrecht zur Seite zu stellen. § 123 Abs. 1 BGB könnte wie folgt lauten:

Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung, ~~oder~~ widerrechtlich durch Drohung oder durch sonstige verwerfliche Entscheidungsbeeinflussung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.

Zum Zweiten wäre die DSGVO (bzw. e-Privacy-VO) entsprechend anzupassen.<sup>291</sup> Eine Vorlage hierfür liefert der DSA – sachdienlich wäre es zugleich, die Vorgabe noch pointierter auszugestalten.<sup>292</sup> So wäre etwa Art. 4 Nr. 11 DSGVO zu ergänzen:

„Einwilligung“ der betroffenen Person [ist] jede freiwillig und ohne verwerfliche Entscheidungsbeeinflussung Dritter für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

Gerade in Bereichen, die durch eine besondere Grundrechtssensibilität gekennzeichnet sind, wäre es zudem ratsam, das allgemeine Verbot durch eine Begrenzung der Wirkungsstärke zu spezifizieren. Der Unionsgesetzgeber sollte in Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO einen weiter gehenden Schutz aufnehmen:

Die betroffene Person hat in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke ausdrücklich und ohne steuern-den Einfluss eingewilligt, es sei denn, nach Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten kann das Verbot nach Absatz 1 durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden, [...].<sup>293</sup>

Drittens gälte es, das Lauterkeitsrecht anzupassen. Zumindest das UWG bzw. die UGP-RL wären entsprechend zu erweitern.<sup>294</sup> Hier müsste der (Unions-)Gesetzgeber in die UGP-RL in Kapitel 2 einen entsprechenden Abschnitt und Artikel

---

<sup>291</sup> Hierfür bereits *Weinzierl*, NVwZ-Extra 15/2020, 1 (10); auch *Martini/Drews*, Making Choice Meaningful, SSRN, 2.11.2022, S. 29.

<sup>292</sup> Wobei sein sektoraler Ansatz nicht das grundlegende Problem beseitigen kann; s. oben § 5 D. IV. 3.

<sup>293</sup> So bereits *Weinzierl*, NVwZ-Extra 15/2020, 1 (10).

<sup>294</sup> Daneben wäre auch der DMA um eine klarere Bestimmung zu Dark Patterns zu ergänzen; s. hierzu oben § 5 D. IV. 2.

aufnehmen. Der nationale Gesetzgeber hätte dies im UWG in einem neuen § 5b umzusetzen. Die Ergänzung könnte wie folgt lauten:

Abschnitt 3 – Manipulative Geschäftspraktiken

Artikel 9a – Manipulative Geschäftspraktiken

Eine Geschäftspraxis gilt als manipulativ, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände den Entscheidungsprozess der Durchschnittsverbraucher:innen tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt, indem sie deren Entscheidungsschwächen ausnutzt, und diese dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst werden, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten.

Um gerade das lauterkeitsrechtliche Verbot besser zu effektuieren, könnte der Gesetzgeber die Schwarze Liste in den Anhang I UGP-RL bzw. den Anhang zu § 3 UWG um einzelne Dark Patterns ergänzen. Hier sind solche Dark Patterns aufzunehmen, die sich als besonders wirkungsstark erwiesen haben.

Vorfeldschutz verspricht zudem die Prozessautonomie mittelbar zu schützen, indem er die Wirkmacht von Steuerungen begrenzen. Dabei wäre eine allgemeine Limitierung von A/B-Tests zu weit gegriffen. Hilfreich ist hingegen eine Regulierung, die darüber Klarheit schafft, wie verbreitet und wie genau ausgestaltet Dark Patterns sind. Abhilfe schaffen hier ein Test-Repository sowie ein Informationsanspruch.

Schließlich kann es in Einzelfällen nötig sein, die *Entscheidung* selbst aufzuheben. Dies ist der Fall, wenn andere Maßnahmen nicht hinreichend schützen, oder wo die Verwender:innen derart intensiv in die Prozessautonomie übergreifen, dass eine hinreichend autonome Entscheidung nicht möglich ist. Zu denken ist etwa an ein Verbot von *Third-Party-Tracking*.

Um Dark Patterns effektiv einzugrenzen, ist es zudem von besonderer Bedeutung, wie die schützenden Bestimmungen durchgesetzt werden können. Neben der individuellen Verfolgung der gewährten Schutzrechte, sollten gerade auch kollektive (durch Verbands- oder Musterfeststellungsklagen) und hoheitliche (etwa durch Wettbewerbs- und Datenschutzbehörden) Wege offenstehen.<sup>295</sup>

In Summe zeigt sich, dass es nicht immer einfach ist, das richtige Schutzinstrument für die jeweilige Situation zu finden. Zugleich offenbart die Untersuchung, dass der Gesetzgeber über ein weites Arsenal an Maßnahmen verfügt, die innere Sphäre – insbesondere die Prozessautonomie – zu schützen. Das gegenwärtig vorgefundene, hinter den verfassungsrechtlichen Anforderungen zurückbleibende Schutzdefizit lässt sich so noch weniger rechtfertigen.

<sup>295</sup> Grds. *Augenhofer*, EuZW 2019, 5 (9); *Micklitz*, Neue Architektur des Verbraucherrechts, 2012, S. 87 ff., 113 ff.; hierzu *Gsell*, JZ 2012, 809 (816f.); s. auch *Grundmann*, in: *Ackermann/Köndgen* (Hrsg.), FS Roth, 2015, S. 181, 195 f.

## E. Zusammenschau des § 6

Die Untersuchung zeigt, dass die Konkordanzbildung im Bereich der Schutzpflicht für die innere Sphäre eine intrikate Angelegenheit ist. Bisher waren weder die zu berücksichtigenden Interessenslagen noch die Abwägung selbst juristisch erforscht. Für den Untermaßschutz der Kontrollnorm bietet die vorhandene Verfassungsjudikatur eine bisher nicht ausgewertete Richtschnur. Mit Blick auf den Spielraum, der dem Gesetzgeber verbleibt, verlangt das Grundgesetz das Zusammenführen dreier verschiedener Grundrechtsstränge in einer Abwägungsleistung. Der erste Strang ist die Schutzpflicht gegenüber der inneren Sphäre selbst. Der zweite sind die Interessen und Grundrechte der Verwender:innen. Der dritte sind die Effekte auf die Rechte der Geschützten – die sich wiederum in allgemeine negative Effekte sowie die überschießenden *False Positives* aufgliedern.

Gerade mit Blick auf die im Rahmen der Handlungsnorm geforderte Optimierungsleistung kann die ökonomische Annäherung an das Problem entscheidende Hinweise liefern. Wesentlich ist ihr Blick auf große Zahlen: Fälle, in denen Verwender:innen viele Nutzer:innen nur ein wenig lenken, kann die individualistische juristische Sicht schwer greifen – ökonomisch entfalten sie jedoch eine große Bedeutung und können wesentliche Wohlfahrtsverluste hervorrufen. Die ökonomische Betrachtung kann hier den verfassungsrechtlichen Ansatz verbessern: Gerade der Effekt großer Zahlen muss Eingang finden in die Optimierungsleistung. Zugleich kann die ökonomische Bewertung nicht an die Stelle der juristischen Abwägung treten: Das Verfassungsrecht unterwirft sich nicht dem ökonomischen Effizienzkalkül.

Gleichwohl ist aus Perspektive der Handlungsnorm – mithin rechtspolitisch – eine gesteigerte Ausdifferenzierung des gesetzlichen Schutzes angezeigt. Dafür steht dem Gesetzgeber ein Bündel an Maßnahmen zur Verfügung. Die bestehende *Behavioral-Law-and-Economics*-Diskussion hat bereits verschiedene Strategien im Umgang mit Rationalitätsdefiziten entworfen. Ein genauerer Blick zeigt jedoch, dass diese ‚klassischen‘ Strategien für den vorliegenden Fall nicht brauchbar sind. Sie verfolgen den Zweck, in weich-paternalistischem Geiste größtmögliche Effizienz herzustellen. Hierum geht es der Schutzpflichten-Perspektive nicht. Diese ist auf den Schutz der inneren Sphäre vor Einwirkungen ausgerichtet und damit dem rechtskreisbewahrenden Ansatz verschrieben. Dies markiert einen wesentlichen Unterschied.

Insofern zeigt der vorliegend entwickelte Kanon an Strategien, dass dem Gesetzgeber verschiedene Ansätze zur Verfügung stehen, die innere Sphäre vor Übergriffen zu schützen. Der Gesetzgeber sollte dabei zu unmittelbarem Entscheidungsschutz greifen und das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten verbieten. Hierzu ist es angezeigt, § 123 Abs. 1 BGB, Art. 4 Nr. 11, 7 DSGVO sowie

das UWG und die UGP-RL zu erweitern. Daneben sollte der Gesetzgeber Vorfeldschutz gewähren und ein Test-Repository für durchgeführte A/B-Tests vorsehen.

Erforderlich sind mithin zwei Schritte, um der Kontroll- und Handlungsnorm Folge zu leisten: Gerichte und Verwaltung müssen bestehende Normen so auslegen, dass sie die innere Sphäre schützen, der Gesetzgeber muss zudem neue Schutzinstrumente schaffen. Hierzu ist es notwendig, dass die Instanzen, die Normen setzen und auslegen, selbst eine behavioristische Wende in ihrem Denken vollziehen. So wie die neo-klassische Ökonomie das Ideal des rational entscheidenden Individuums in Entscheider:innen und damit in die Rechtsauslegung eingepflanzt hat, müssen diese ihr Leitbild nun an neue Erkenntnisse anpassen.

## Zusammenfassung

Auf andere Menschen Einfluss zu nehmen, um ihr Verhalten zu lenken, ist ein allgegenwärtiger Bestandteil menschlicher Interaktion. Die Mittel, derer sich der Staat und Private bedienen können, um menschliche Entscheidungen zu steuern, sind denkbar weit gefächert. Sie reichen von Verboten über Anreize bis hin zu Informationen und Umweltveränderungen. Das Phänomen der Dark Patterns zwingt nun dazu, ein bis dato wenig reflektiertes Steuerungsmittel in den Blick zu nehmen: das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten – landläufig bekannt als ‚Nudging‘. Die Rechtswissenschaft hat dieses verhaltensökonomisch wirksame Steuerungsmittel bisher nicht als solches untersucht. Dabei nutzen der Staat wie Private die Schwächen menschlichen Entscheidens zunehmend aus, wenn sie Entscheidungsarchitekturen (*Choice Architectures*) gestalten. Der Staat tut dies etwa, wenn er bei der Organspende von der Zustimmung- auf die Widerspruchslösung umstellte. Private nutzen es, wenn sie im digitalen Raum ‚Dark Patterns‘ einsetzen.

### A. (Verhaltens-)Ökonomische Einordnung des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten

Um das Steuerungsmittel besser zu verstehen, hilft eine (verhaltens-)ökonomische Einordnung.<sup>1</sup> Die verhaltensökonomische Forschung legt nahe, dass der Mensch – anders als von der klassischen Ökonomie angenommen<sup>2</sup> – nicht stets streng rational und nutzenmaximierend entscheidet. Vielmehr prägen mannigfaltige Rationalitätsdefizite unsere Entscheidungsvorgänge.<sup>3</sup> Beispiele hierfür sind Urteils- und Entscheidungsfehler, instabile und selbstlose Präferenzen sowie eine begrenzte Rechenleistung (Bounded Rationality i. w. S.). Als Folge dieser Rationalitätsdefizite treffen die Einzelnen nicht die ökonomisch vorzugswürdige Entscheidung – sie unterliegen einem *Bias*.

Zugleich führen derartige Rationalitätsdefizite nicht zu unvorhersehbar irrationalen Entscheidungen.<sup>4</sup> Vielmehr sind ihre Auswirkungen hinlänglich bekannt oder lassen sich zumindest durch sog. A/B-Tests erforschen. Eben deshalb

---

<sup>1</sup> § 1 A.

<sup>2</sup> § 1 A. I.

<sup>3</sup> § 1 A. II.

<sup>4</sup> § 1 A. III.

können die Gestalter:innen von Entscheidungsumgebungen (*Choice Architects*) die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber im eigenen Interesse ansprechen und dadurch ausnutzen. Der Staat nutzt die Rationalitätsdefizite seiner Bürger:innen etwa dann aus, wenn er für die Organspende eine Widerspruchs- statt einer Zustimmungslösung wählt. Der *Default Bias* des Menschen führt dazu, dass sich die Zustimmungsraten vervielfachen. Anschauliches Beispiel dafür, wie Private die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber systematisch ausnutzen, sind sog. ‚Dark Patterns‘.<sup>5</sup> Dark Patterns sind Interface Designs, die Schwächen menschlichen Entscheidens ausnutzen und die Nutzer:innen so zu einem für sie nachteiligen Verhalten bringen. Studien belegen, dass Dark Patterns gewisse Rationalitätsdefizite direkt ansprechen und überaus wirksam sind.

Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten lässt sich bruchfrei von anderen Steuerungsmitteln abgrenzen.<sup>6</sup> Zwang und Umweltveränderung beeinflussen die äußere Sphäre, Normbefehl und Anreiz wirken auf die Entscheidungsfreiheit. Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten hingegen betrifft, ebenso wie Information, die innere Sphäre der beeinflussten Entscheider:innen. Dabei entspricht das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten dem Lenkungskonzept des Nudging – jedoch in einem engen Sinne, nicht als eine Zweck-Mittel-Verbindung (mithin Nudging i. w. S.). Letztere haben *Thaler/Sunstein* vor Augen, wenn sie das Leben der betroffenen Entscheider:innen verbessern wollen.<sup>7</sup> Diese Einordnung birgt eine wesentliche Erkenntnis: Das Einwirken auf den Entscheidungsprozess der Gegenüber ist ein Steuerungsmittel, kein Lenkungszweck.

Nutzen der Staat oder Private die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber aus, geraten sie mit deren Autonomie in Konflikt.<sup>8</sup> Um zu bewerten, welche Einflüsse auf die innere Sphäre autonomieverletzend sind, ist der Standard idealer Autonomie maßgebend: Aus einer deontologischen Authentizitätsperspektive schützt Autonomie die Unbeeinflusstheit des Entscheidungsprozesses (sog. Prozessautonomie) gegenüber nicht-reflexiven Einflüssen. Wer Rationalitätsdefizite anderer ausnutzt, gerät hiermit in Konflikt. Gleichzeitig ist es insoweit möglich, das Lenkungsmittel unabhängig von seinem Zweck zu bewerten. Das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten ist deshalb – anders als etwa Nudging i. w. S. nach *Sunstein/Thaler* – nicht an sich als Paternalismus rechtfertigungsbedürftig.

Dass Verwender:innen die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen, lässt sich zudem aus makroökonomischer Sicht beschreiben.<sup>9</sup> Es führt am Markt dazu, dass die Einzelnen systematisch Entscheidungen treffen, die nicht ihren eigentlichen Präferenzen entsprechen. Insofern kommt dem (systematischen) Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten die Qualität eines Marktversagens zu. Das

<sup>5</sup> § 1 A. V.

<sup>6</sup> § 1 A. IV.

<sup>7</sup> *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2021, S. 7, sowie oben § 1 A. IV. 3.

<sup>8</sup> § 1 B.

<sup>9</sup> § 1 C.

sog. behavioristische Marktversagen (*Behavioral Market Failure*) ist in Abgrenzung zu den drei bisher anerkannten Fällen des Marktversagens (Informationsasymmetrien, externe Effekte und Marktmacht) zu verstehen. Dark Patterns begründen ob ihrer Verbreitung und Wirkung einen Fall des behavioristischen Marktversagens. Diese Einordnung eröffnet einen weiteren Blickwinkel auf das Phänomen. Denn die klassische Ökonomie erkennt an, dass es für den Staat gerechtfertigt ist, in den Markt einzugreifen, wenn ein Marktversagen vorliegt.

## B. Abwehrrecht für die innere Sphäre der Grundrechte

Die Bedrohung der inneren Sphäre wie der Autonomie der Einzelnen, die davon ausgeht, dass Dritte ihre Rationalitätsdefizite ausnutzen, ruft die Frage nach grundrechtlichem Schutz auf den Plan. Wirkt der Staat in die innere Sphäre seiner Bürger:innen ein, sind die Freiheitsgrundrechte in ihrer abwehrenden Dimension gefordert.<sup>10</sup>

Die verfassungsrechtliche Analyse zeigt auf, dass Freiheitsgrundrechte *jeweils* als unabdingbare Voraussetzung ihrer äußeren Ausübung die innere Sphäre selbst mitschützen.<sup>11</sup> Ihr Schutzbereich umfasst mithin nicht alleine das Tun, also die äußere Sphäre. Vielmehr sind der Schutz der inneren und der äußeren Sphäre jedes Freiheitsgrundrechts zwei Seiten ein und derselben Medaille. Der abwehrrechtliche Gehalt der inneren Sphäre der Freiheitsgrundrechte umfasst den Schutz der Prozess- und der Präferenzautonomie. Geschützt ist der innere Entscheidungsvorgang, so wie er bei den Einzelnen konkret stattfindet. Weder gesellschaftliche Gegebenheiten noch in den Einzelnen bestehende Beschränkungen der ‚Rationalität‘ oder der Maßstabformung sind geeignet, den Schutz abzuschwächen. Zum Schutz gerufen ist dabei das im jeweiligen Sachkontext einschlägige Freiheitsgrundrecht. Etabliert der Staat etwa die Widerspruchslösung bei der Organspende, betrifft dies die innere Sphäre des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).

Der Staat kann nach dem modernen Eingriffsverständnis in den (inneren) Schutzbereich der Freiheitsgrundrechte insbesondere dadurch eingreifen, dass er *direkt* in die innere Sphäre einwirkt.<sup>12</sup> Eine solche direkte Einwirkung liegt vor, wenn der Staat Rationalitätsdefizite ausnutzt oder Information vermittelt. Diese weite Eingriffsbestimmung ist nicht etwa auf Grund von Ordnungszielbestimmungen einzuschränken. So entfällt ein Eingriff nicht deshalb, weil der Staat darauf abzielt, rationalere oder informiertere Entscheidungen hervorzurufen oder ein Marktversagen abzuwenden. Entscheidend dafür, dass ein Eingriff vorliegt, ist alleine, dass (gerade nicht-finale) Eingriffe eine Wirkungsschwelle der schwachen Steuerung überschreiten. Diese Schwelle wiederum ist

---

<sup>10</sup> § 2 A.

<sup>11</sup> § 2 B.

<sup>12</sup> § 2 C.

quantitativ (d. h. empirisch) oder qualitativ (d. h. typisierend) zu ermitteln. Die verhaltensökonomische Forschung hält hinreichende Anhaltspunkte bereit, um eine solche Steuerungswirkung aufzuzeigen. So belegt die Forschung, dass die Widerspruchslösung bei der Organspende höchst effektiv ist – stellte der Staat auf diese um, griffe er damit direkt in die innere Sphäre des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) ein.

Eingriffe in die innere Sphäre sind schließlich rechtfertigbar.<sup>13</sup> Eine Ausnahme hiervon besteht nur dort, wo Eingriffe in die innere Sphäre die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) berühren. Dies ist zum einen bei einer totalen Fremdsteuerung der Fall. Zum anderen ist die Menschenwürde dann verletzt, wenn eine Gesamtbetrachtung ergibt, dass die betroffenen Menschen nicht mehr als „selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkan[n]t“<sup>14</sup> sind. Etabliert der Staat für die Organspende eine Widerspruchslösung, erreicht er diese Schwelle nicht. Darüber hinaus ist ein Eingriff in die innere Sphäre dann gerechtfertigt, wenn er verhältnismäßig ist.<sup>15</sup> Dabei spielt der Prüfungsschritt der Erforderlichkeit eine besonders wichtige Rolle: Es ist ein inter-sphärischer Mittelvergleich anzustellen. Eingriffe in die innere Sphäre sind hiernach trotz der fehlenden Außenwirkung nicht stets das mildeste Mittel – eine entsprechende „Interventionsleiter“<sup>16</sup> kennt das Verfassungsrecht nicht. Im Gegenteil wird es oft erforderlich sein, viel intensiver in die innere Sphäre einzugreifen als in die äußere Sphäre, um denselben Lenkungseffekt zu erreichen. Etabliert der Staat die Widerspruchslösung für die Organspende, ist dieser Schritt nur dann gerechtfertigt, wenn die Widerspruchslösung zumutbar ausgestaltet ist – der Staat hinreichend aufklärt und die Voreinstellung im Sinne der Mehrheit gewählt ist.

### C. Schutzpflicht für die innere Sphäre der Grundrechte

Nicht nur der Staat, sondern gerade Private nutzen die Rationalitätsdefizite anderer aus, um deren Entscheidungen zu lenken. Dark Patterns sind hierfür das anschaulichste Beispiel. Wirken Dritte auf andere Private ein, ruft dies aus grundrechtlicher Sicht eine rechtskreisbewahrende Schutzpflicht auf den Plan.<sup>17</sup>

Eine solche Schutzpflicht besteht, wenn Dritte die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen.<sup>18</sup> Nutzen Dritte etwa Zwang oder Anreiz, um auf ihr Gegenüber einzuwirken, ist anerkannt, dass der Staat derartige Übergriffe abzuwehren hat. Ebenso wie die Freiheitsrechte dem Staat auferlegen,

<sup>13</sup> § 2 D.

<sup>14</sup> BVerfGE 153, 182 (261, Rn. 206) – Suizidhilfe, unter Verweis u. a. auf BVerfGE 109, 133 (171) – Sicherungsverwahrung.

<sup>15</sup> § 2 D. III.

<sup>16</sup> *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 268.

<sup>17</sup> § 3 A.

<sup>18</sup> § 3 B.

Bedrohungen der äußeren Sphäre und der Entscheidungsfreiheit abzuwenden, verpflichten sie ihn dazu, die innere Sphäre der Grundrechte zu schützen. Der überragende Gedanke des Fremdbestimmungsschutzes ist insofern übertragbar. Gerade Dark Patterns machen deutlich, dass die innere Sphäre gleich der äußeren durch Dritte bedroht ist. Eine makroökonomische Perspektive stützt diesen Befund. Aus ökonomischer Warte stellen bestehende Schutzpflichten einen Schutz vor Marktversagen dar – etwa gegenüber Informationsasymmetrien und Marktmacht. Diese allgemeine, rechtsökonomische Wertung greift auch für das behavioristische Marktversagen: Insoweit Dark Patterns ein behavioristisches Marktversagen auslösen, ist mithin staatliche Intervention grundsätzlich angezeigt.

Steht den Einzelnen so ein Recht auf Schutz zu, bedeutet dies gleichwohl noch nicht, dass tatsächlich gewährter Schutz für sie stets lediglich vorteilhaft ist.<sup>19</sup> Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass zum Schutz ergriffene Maßnahmen negative Effekte auf Seite der Geschützten hervorrufen können. Dies sind allgemeine negative Effekte durch Schutzmaßnahmen, wie etwa eine Vertragsnichtigkeit, sowie überschießende Effekte für diejenigen, die des Schutzes aufgrund ihrer heterogenen Eigenschaften nicht bedurft hätten (sog. *False Positives*). Gerade Regelungen, die vor Dark Patterns schützen sollen, sind daraufhin zu überprüfen.

#### D. Grundrechtsschutz für Übergriffe in die innere Sphäre der Grundrechte

Schließlich darf der Staat nicht beliebig Maßnahmen zum Schutz vor Verwender:innen von Dark Patterns ergreifen. Vielmehr hat er deren Grundrechte zu beachten. Dabei gilt, was bisher überhaupt nicht herausgearbeitet war: Entscheidungsarchitekt:innen – mithin die Gestalter:innen von Entscheidungsumgebungen, die auf die innere Sphäre anderer einwirken – können grundrechtlichen Schutz beanspruchen.<sup>20</sup> Es gibt keine Grundrechtsgrenze, die etwa den Verwendern:innen von Dark Patterns grundrechtlichen Schutz gänzlich versagt. Dabei können potenziell mehrere Grundrechte die Entscheidungsarchitekt:innen schützen. Zwar zeigt sich, dass der Schutzbereich der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) viele Dark Patterns nicht umfasst. Die über die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie über die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) garantierte Vertragsfreiheit sowie die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) selbst schützen jedoch diejenigen, die Entscheidungsarchitekturen gestalten und damit Rationalitätsdefizite ausnutzen. Damit genießen Verwender:innen von Dark Patterns grundsätzlich grundrechtlichen Schutz.

---

<sup>19</sup> § 3 C.

<sup>20</sup> § 4 A.

Unterbindet der Staat es, dass Verwender:innen die Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber ausnutzen, greift er in deren Grundrechte ein.<sup>21</sup> Dies gilt sowohl dann, wenn der Staat ihnen unmittelbar Grenzen setzt, etwa durch ein Verbot, als auch dann, wenn er die Betroffenen schützt, etwa indem er ihre Rationalitätsdefizite abmildert (sog. De-Biasing). Überspitzt gesagt: So wie Unternehmen mit Blick auf Informationsasymmetrien ein Recht auf Unwissenheit ihrer Kund:innen zukommt, haben sie hinsichtlich Rationalitätsdefiziten ein Recht auf Dummheit ihrer Klient:innen. Gleichwohl sind Eingriffe in die Grundrechte der Verwender:innen etwa von Dark Patterns rechtfertigbar.<sup>22</sup> Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs ist dabei – in Anbetracht der geschützten Grundrechte der Betroffenen – im Wege der praktischen Konkordanz nachzuvollziehen.

### E. Kontrollnorm: Kein hinreichender gesetzlicher Schutz vor Dark Patterns

Die vorhergehenden Überlegungen haben eine erste, breite Schneise in das grundrechtliche Dickicht schlagen können. Insbesondere strukturieren sie einen bisweilen wildwüchsigen Diskurs. Sie zeigen auf, welche grundrechtlichen Positionen betroffen sind, wenn Private verhaltensökonomisch wirksame Mittel einsetzen, um das Verhalten anderer zu lenken. Aus der aufscheinenden grundrechtlichen Gemengelage vermag die vorliegende Untersuchung, handhabbare Leitlinien für den Schutz der Prozessautonomie abzuleiten.

Soweit die Schutzpflicht als Kontrollnorm wirkt, etabliert sie ein Untermaßverbot für den Schutz der inneren Sphäre.<sup>23</sup> Diese Kontrollnorm löst aus, wenn eine hinreichende Gefahr für die innere Sphäre besteht.<sup>24</sup> Angesichts der Verbreitung und Wirksamkeit von Dark Patterns ist dies der Fall: Der Staat muss tätig werden, um die Prozessautonomie der Betroffenen zu schützen.

Das notwendige Maß an Autonomieschutz richtet sich nach der drohenden Schadensschwere, mithin der Wertigkeit des betroffenen Grundrechts sowie der Tiefe des Eingriffs.<sup>25</sup> Hieraus ergibt sich ein relativer Maßstab gleich einer Autonomie-Skala: Je bedeutender die betroffene Entscheidung, desto mehr Prozessautonomie muss der Staat garantieren. Konkrete Maßstäbe für das jeweils erforderliche Maß an Autonomieschutz deutet die Rechtsprechung des BVerfG zu Schutzpflichten an. Hiernach ist bei Entscheidungen mit einer primär ökonomischen Bedeutung alleine Schutz vor starken Einflüssen geboten (unterer Schutzbereich). Im mittleren Schutzbereich, wenn gewichtige Grundrechtspositionen in Rede stehen, hat der Gesetzgeber nachhaltige Einflüsse auf

---

<sup>21</sup> § 4 B.

<sup>22</sup> § 4 C.

<sup>23</sup> § 5 A.

<sup>24</sup> § 5 B.

<sup>25</sup> § 5 C.

den Entscheidungsprozess – auch im Einzelfall – abzuwenden. Dark Patterns spielen sich zumeist in diesen Bereichen ab: Verwender:innen greifen auf sie im E-Commerce (unterer Schutzbereich) oder bei Datenschutzeinstellungen (mittlerer Schutzbereich) zurück. Im obersten Bedeutungsbereich – etwa bei der Organspendeentscheidung – hat der Staat sogar nahezu vollständige Prozessautonomie zu sichern.

Prüft man bestehende rechtliche Regelungen und Regelungsansätze darauf, ob sie hinreichenden Schutz vor Dark Patterns bieten und so der Kontrollnorm genügen, zeigt sich, dass dies nicht der Fall ist.<sup>26</sup> Anschauliche Schutzdefizite bestehen bei dem datenschutzrechtlichen Regelungsmodell: Weder die Einwilligungsvoraussetzungen des gegenwärtigen Regelungsmodells (Art. 4 Nr. 11 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG]) noch die sonstigen Vorgaben etwa des Widerrufsrechts (Art. 7 Abs. 3 DSGVO [i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG]) oder des *Data-Protection-by-Default*- und *-by-Design*-Grundsatzes (Art. 25 Abs. 2 DSGVO, ErwGrd. 32 DSGVO) schützen die Einzelnen davor, dass die Verarbeiter:innen ihre Rationalitätsdefizite ausnutzen. Eben dies gilt auch für das Lauterkeitsrecht (die UGP-RL und das UWG) sowie für das allgemeine Vertragsrecht (insbesondere § 123 Abs. 1 BGB). Anders liegt es alleine bei den neuesten unionsrechtlichen Gesetzgebungsakten, dem DSA und teilweise dem DMA. Der DSA enthält ein allgemeines Verbot von Dark Patterns (Art. 25 Abs. 1 DSA).

Gleichzeitig zeigen sich bestehende Regelungen teilweise offen für eine Auslegung, die die verhaltensökonomischen Erkenntnisse und damit die Schutzpflicht hinsichtlich der inneren Sphäre berücksichtigt. Es ist möglich, die Voraussetzung der Freiwilligkeit im Datenschutzrecht so auszulegen, dass sie vor ‚nachhaltigen Einflüssen‘ auf die Entscheidungsfindung schützt. Anders liegt es im Lauterkeitsrecht. Das Verbot der unzulässigen Beeinflussung (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, S. 3 UWG) gerät an seine Wortlautgrenze, will es Dark Patterns umfassend berücksichtigen. Eben dies gilt für das Anfechtungsrecht nach § 123 Abs. 1 BGB. Ob sich durch Auslegung ein hinreichender Schutz bewerkstelligen lässt, hängt mithin vom einzelnen Regelungskontext ab. Zudem bleiben bestehende Potenziale für eine solche Auslegung bisher praktisch weitgehend ungenutzt.

Wesentlicher Grund für den mangelnden Schutz ist, dass das Datenschutzrecht wie das Lauterkeits- und allgemeine Vertragsrecht auf das Leitbild der rationalen Entscheider:innen ausgerichtet sind.<sup>27</sup> Das Menschenbild des aufzuklärenden, gleichwohl rationalen *homo oeconomicus* bildet die Grundlage für das lauterkeits- und datenschutzrechtliche Informationsmodell. Dieses Ideal menschlichen Entscheidens verkennt strukturell die Erkenntnisse der

---

<sup>26</sup> § 5 D. – wobei insoweit die besprochenen unionsrechtlichen Regelungsbereiche nicht als solche am nationalen Verfassungsrecht zu messen sind; vielmehr soll das in ihnen verkörperte Regelungsmodell untersucht sein.

<sup>27</sup> § 5 E.

Verhaltensökonomie. Neben dem Schutzdefizit auf individueller Ebene zeigt sich so ein Schutzdefizit auf makroökonomischer Ebene. Das Lauterkeitsrecht begegnet dem behavioristischen Marktversagen aufgrund dieser Fehlannahmen über menschliches Entscheidungsverhalten bislang nicht.

Ob der Gesetzgeber das Recht näher an der Realität ausrichtet ist gleichwohl keine rechtspolitische Entscheidung. Vielmehr entspringt dem Verfassungsrecht eine Schutzpflicht für die innere Sphäre. Der Gesetzgeber ist zu einer Neuausrichtung seines Regelwerkes gezwungen.

#### F. Handlungsnorm: Empfehlungen für den Schutz vor Dark Patterns

Die bisherige Analyse hat gezeigt, dass der Gesetzgeber die Gefahren für die innere Sphäre ernst nehmen muss. Den verfassungsrechtlichen Rahmen hierfür schafft die Konkordanzbildung im Rahmen der Handlungsnorm. Hier gilt ein Optimierungsgebot.<sup>28</sup> Alle betroffenen Grundrechtspositionen<sup>29</sup> sind zu größtmöglicher Wirksamkeit zu bringen.

Aus Perspektive der Handlungsnorm – mithin rechtspolitisch – ist es angezeigt, den gesetzlichen Schutz auszudifferenzieren.<sup>30</sup> Wesentliche Hinweise für die grundrechtliche Optimierung liefert eine ökonomische Bewertung möglicher Schutzmaßnahmen auf Basis des Konzepts *Zamirs* des effizienten Paternalismus. Die Bewertung zeigt zum einen, dass es lohnt, asymmetrische Regulierungsansätze einzubeziehen, die in heterogenen Nutzer:innensituationen überschießende Wirkungen abmildern können. Zum anderen sind besonders die Effekte großer Betroffenenzahlen mit individuell geringem Schaden in den Blick zu nehmen. Zugleich kann die scheinbar klare ökonomische Bewertung staatlicher Regulierung nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Verfassungsrecht nicht dem Effizienz kalkül verschrieben ist.

Unter Einbezug der verfassungsökonomischen Erkenntnisse gilt es, Regulierungsstrategien zu entwickeln, die dem Gesetzgeber erlauben, seiner Optimierungsaufgabe nachzukommen.<sup>31</sup> Die *Behavioral-Law-and-Economics*-Literatur hat bereits verschiedene Strategien diskutiert, wie der Staat mit Rationalitätsdefiziten umgehen sollte.<sup>32</sup> Doch passen diese für den vorliegenden Fall nicht. Denn sie zielen darauf, größtmögliche, ideale Rationalität oder jedenfalls Effizienz herzustellen. Ihre Motivation ist mithin weich-paternalistisch. Hierum geht es der Schutzpflichten-Perspektive gleichwohl nicht. Sie will Prozessautonomie schützen, nicht Rationalität schaffen.

---

<sup>28</sup> § 6 A.

<sup>29</sup> § 6 B.

<sup>30</sup> § 6 C.

<sup>31</sup> § 6 D.

<sup>32</sup> § 6 D. I.

In der Folge ist es notwendig, einen neuen Kanon an Strategien zu entwickeln, der das Ziel der Prozessautonomie verfolgt.<sup>33</sup> Tauglich sind vier Ansätze. Zum Ersten kann der Gesetzgeber Entscheidungen unmittelbar schützen, indem er Dark Patterns bzw. das Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten verbietet. Zum Zweiten kann er Entscheidungsgestaltungen regulieren, etwa gewisse Designs unterbinden oder ihre Wirkungsstärke begrenzen. Drittens kann der Gesetzgeber Vorfeldschutz schaffen, indem er A/B-Tests oder den Einsatz von KI-Systemen begrenzt. Viertens kann er die beeinflusste Entscheidung ganz aufheben und selbst eine Regelung treffen.

Um Dark Patterns zu begegnen, sollte der Gesetzgeber die erstgenannten drei Strategien nutzen.<sup>34</sup> Privaten gilt es zu verbieten, Rationalitätsdefizite ihrer Gegenüber auszunutzen. Hierfür ist es notwendig, die Einwilligungsvorschriften der DSGVO (Art. 4 Nr. 11 DSGVO), den Katalog verbotener geschäftlicher Handlungen im Rahmen des UWG bzw. der UGP-RL sowie die Vorschriften zur Anfechtbarkeit von Willenserklärungen (§ 123 Abs. 1 BGB) entsprechend anzupassen. Daneben sollte der Gesetzgeber Regelbeispiele in die Schwarze Liste des Lauterkeitsrechts (Anhang zu § 3 UWG bzw. Anhang I UGP-RL) aufnehmen. In besonders schutzbedürftigen Bereichen, etwa der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, ist dem Gesetzgeber geraten, explizit die erlaubte Wirkungsstärke von Einflüssen vorzugeben. Zudem sollte der Gesetzgeber Vorfeldschutz schaffen, etwa durch Test-Repositoryen für A/B-Tests. Einen weiteren wirksamen Schritt macht schließlich das im AI-Act-Entwurf der Kommission vorgeschlagene Manipulationsverbot.

### G. *Conclusio*

Aus der verfassungsrechtlichen Reflexion verhaltensökonomischer Einsichten lässt sich eine umfassendere Erkenntnis ableiten: Dem einfachen Recht wie dem Verfassungsrecht wohnt gegenwärtig noch eine fast ubiquitäre Rationalitätserwartung inne. Zwar baut das Grundgesetz auf einer idealisierten Vorstellung des freien, vernunftbegabten Menschen auf. Doch etablieren die Grundrechte jedenfalls als Schutzpflichten – aber auch als Abwehrrechte – einen dynamischen Anpassungszwang an neue, empirisch belegte Bedrohungslagen. Entgegen der von Möllers postulierten „Eigenheit normativer Praktiken, sich gegenüber empirischen Einsichten immunisieren zu können“,<sup>35</sup> erlaubt das Grundgesetz weder sich selbst noch dem Staat eine normativ verbürgte Weltfremdheit.

Die Dichotomie zwischen grundgesetzlichem Ideal und grundgesetzlicher Pflicht zeigt einen schmalen Grat auf, auf dem sich die rechtliche Ordnung

---

<sup>33</sup> § 6 D. II.

<sup>34</sup> § 6 D. III.

<sup>35</sup> Möllers, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), Willensfreiheit, 2008, S. 250, 271; so auch grds. Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 206 ff.

bewegt. Behandelt der Staat die Menschen als rational und frei in ihrem Willen, darf dies nicht dazu führen, dass die Menschen einem Missbrauch schutzlos ausgesetzt sind, wenn sie von diesem Ideal abweichen. So liegt die verfassungsrechtliche Herausforderung des Schutzes der inneren Sphäre der Grundrechte darin, nicht auf einem Ideal zu beharren, sondern eine Balance zwischen rationalem Ideal und Anerkenntnis der tatsächlichen Irrationalität des Menschen zu finden. Das einfache Recht erfüllt diese Aufgabe derzeit nicht – der Gesetzgeber muss nun reagieren und wirksamen Schutz vor Dark Patterns schaffen.

## Literaturverzeichnis

- Aaken, Anne van*, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: Anderheiden, Michael/Bürkli, Peter/Heinig, Hans Michael et al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, In memoriam Angela Augustin (1968–2004), Mohr Siebeck, Tübingen 2006, S. 109–144.
- , Das deliberative Element juristischer Verfahren als Instrument zur Überwindung nachteiliger Verhaltensanomalien, Ein Plädoyer für die Einbeziehung diskursiver Elemente in die Verhaltensökonomik des Rechts, in: Engel, Christoph/Englerth, Markus/Lüdemann, Jörn et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten, Beiträge zu Behavioral Law and Economics, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 189–230.
- , Judge the Nudge: In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU, in: Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise (Hrsg.), Nudge and the Law, A European Perspective, Hart Publishing, London 2015, S. 83–112.
- Achilles, Nastasia*, Vom Homo Oeconomicus zum Differenzierten Verbraucher, Analyse von Begriff, Entwicklung und neuen Herausforderungen des verbrauchervertragsrechtlichen Leitbildes auf EU-Ebene, Nomos, Baden-Baden 2020.
- Akerlof, George A.*, The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics* 84 (1970), S. 488–500.
- Akerlof, George A./Shiller, Robert J.*, Phishing for Phools, *The Economics of Manipulation and Deception*, Princeton University Press, Princeton, NJ 2015.
- Albers, Marion*, Informationelle Selbstbestimmung, Nomos, Baden-Baden 2005.
- Alemanno, Alberto*, Nudge and the European Union, in: Straßheim, Holger/Beck, Silke (Hrsg.), *Handbook of Behavioural Change and Public Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2019, S. 138–147.
- Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise*, Epilogue: The Legitimacy and Practicability of EU Behavioural Policy-Making, in: Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise (Hrsg.), *Nudge and the Law, A European Perspective*, Hart Publishing, London 2015, S. 325–348.
- , The Emergence of Behavioural Policy-Making: A European Perspective, in: Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise (Hrsg.), *Nudge and the Law, A European Perspective*, Hart Publishing, London 2015, S. 1–26.
- Alexy, Robert*, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, *Der Staat* 29 (1990), S. 49–68.
- , *Theorie der Grundrechte*, 9. Aufl., Suhrkamp, Berlin 2020.
- Anonym.*, Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich., Band I. Allgemeiner Theil., J. Guttentag (D. Collin), Berlin, Leipzig 1988.
- , Article III Standing – Separation of Powers – Class Actions – *TransUnion LLC v. Ramirez*, *Harvard Law Review* 135 (2021), S. 333–342.
- Apetz, Martin*, Das Verbot aggressiver Geschäftspraktiken, Herkunft, Inhalt, Umsetzung und Zukunftsperspektiven eines neuen Verbotskonzepts des europäischen Lauterkeitsrechts, C. Heymanns, Köln 2011.

- Arbeitskreis Kartellrecht*, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Hintergrundpapier, Bundeskartellamt (Hrsg.), Bonn 2020.
- Ariely, Dan*, Predictably Irrational, The Hidden Forces that Shape our Decisions, revised and expanded edition, Harper Perennial, New York, NY 2010.
- Arnold, Timo*, Wirtschaftswerbung und die Meinungsfreiheit des Grundgesetzes, Plädoyer für einen vollumfänglichen Grundrechtsschutz kommerzieller Werbeinhalte, Springer, Wiesbaden 2019.
- Arrow, Kenneth J.*, Social Choice and Individual Values, 2. Aufl., Yale University Press, New Haven, CT 1963.
- , The Economics of Information: An Exposition, *Empirica* 23 (1996), S. 119–128.
- Art.-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 2/2010 zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, WP 171, 22.6.2010.
- , Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259 rev.01, 10.4.2018.
- , Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, WP 260 rev.01, 11.4.2018.
- Assion, Simon* (Hrsg.), TTDSG, Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz: Handkommentar, Nomos, Baden-Baden 2022.
- Augenhofer, Susanne*, Die Reform des Verbraucherrechts durch den „New Deal“ – Ein Schritt zu einer effektiven Rechtsdurchsetzung?, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2019, S. 5–13.
- Ayres, Ian/Gertner, Robert*, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, *Yale Law Journal* 99 (1989), S. 87–130.
- , Majoritarian vs. Minoritarian Defaults, *Stanford Law Review* 51 (1999), S. 1591–1613.
- Azevedo Palu, Guilherme Augusto*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, Nomos, Baden-Baden 2019.
- Bäcker, Carsten*, Wissenschaft als Amt, Das verfassungsrechtliche Hochschullehrerbeamtenrecht aus Art. 33 Abs. 5 GG i. V. m. Art. 5 Abs. 3 GG, *Archiv des öffentlichen Rechts* 135 (2010), S. 78–114.
- Baer, Franziskus*, Staatliche Steuerung durch Nudging im Lichte der Grundrechte, Mohr Siebeck, Tübingen 2023.
- Bar-Gill, Oren*, Seduction by Plastic, *Northwestern University Law Review* 98 (2004), S. 1373–1434.
- , Bundling and Consumer Misperception, *University of Chicago Law Review* 73 (2006), S. 33–62.
- , The Behavioral Economics of Consumer Contracts, *Minnesota Law Review* 92 (2008), S. 749–802.
- Bar-Gill, Oren/Ben-Shahar, Omri*, Rethinking Nudge: An Information-Costs Theory of Default Rules, *University of Chicago Law Review* 88 (2021), S. 531–604.
- Bastians, Hannes*, § 21 Plattformspezifische Vorgaben des AI Act, in: Steinrötter, Björn (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, DSA, DMA, P2B-VO, DGA, DA, AI Act, DSM-RL: Rechtshandbuch, Nomos, Baden-Baden 2023.
- Baumann, Wolfgang*, Der Grundrechtsvorbehalt der „sozialadäquaten technisch-zivilisatorischen Risiken“ und der „exekutive Gestaltungsspielraum“ im Atomrecht, Zugleich Besprechung von Degenhart, Kernenergiegesetz: Schwerpunkte, Entscheidungsstrukturen, Entwicklungslinien, 1981, *JuristenZeitung* 1982, S. 749–755.

- Beaucamp, Sophie*, Rechtsdurchsetzung durch Technologie, Grundlagen und rechtliche Bedingungen am Beispiel des Einsatzes von Filtertechnologien im Urheberrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2022.
- Beauchamp, Tom L.*, Paternalism and Biobehavioral Control, *The Monist* 60 (1977), S. 62–80.
- Bechtold, Stefan*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, Ein rechtsökonomischer Beitrag zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- Bell, Daniel*, Communitarianism, in: Zalta, Edward N./Nodelman, Uri (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University, Stanford, CA 2020.
- Ben-Shahar, Omri/Schneider, Carl E.*, The Failure of Mandated Disclosure, *University of Pennsylvania Law Review* 159 (2011), S. 647–749.
- Berlin, Isaiah*, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford 1969.
- Bethge, Herbert*, Der Grundrechtseingriff – 1. Bericht, in: Bethge, Herbert/Weber-Dürler, Beatrice (Hrsg.), *Der Grundrechtseingriff, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Osnabrück vom 1. bis 4. Oktober 1997*, De Gruyter, Berlin, Boston, MA 1998, S. 8–52.
- , § 58, Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren II*, C. F. Müller, Heidelberg 2009.
- Blank, Hartmut/Musch, Jochen/Pohl, Rüdiger F.*, Hindsight Bias: On Being Wise After the Event, *Social Cognition* 25 (2007), S. 1–9.
- Blumenthal-Barby, J. S.*, Between Reason and Coercion: Ethically Permissible Influence in Health Care and Health Policy Contexts, *Kennedy Institute of Ethics Journal* 22 (2012), S. 345–366.
- , Biases and Heuristics in Decision Making and Their Impact on Autonomy, *The American Journal of Bioethics* 16 (2016), S. 5–15.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 29 (1990), S. 1–31.
- , Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken, Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 42 (2003), S. 165–192.
- Boehme-Neßler, Volker*, Das Grundrecht auf Suizid, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2020, S. 1012–1015.
- Bogenstahl, Christoph*, Dark Patterns, Mechanismen (be)trügerischen Internetdesigns, Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (Hrsg.), Themenkurzprofil, Nr. 30, 2019.
- Böker, Lukas*, Nudge im Spiegel des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Eine grundrechtliche Untersuchung des Regelungskonzeptes Nudge aus der Verhaltensökonomik, Springer Gabler, Wiesbaden 2021.
- Borowski, Martin*, *Grundrechte als Prinzipien*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2018.
- Bösch, Christoph/Erb, Benjamin/Kargl, Frank/Kopp, Henning/Pfattheicher, Stefan*, Tales from the Dark Side: Privacy Dark Strategies and Privacy Dark Patterns, *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies* 2016, S. 237–254.
- Bovens, Luc*, The Ethics of Nudge, in: Grüne-Yanoff, Till/Hansson, Sven Ove (Hrsg.), *Preference Change, Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Springer, Dordrecht, London 2009, S. 207–219.
- Brandeis, Louis D.*, What Publicity Can Do, *Harper's Weekly* vom 20.12.1913, S. 10–13.

- Breuer, Rüdiger, § 170, Freiheit des Berufs, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2010.
- Brignull, Harry, Dark Patterns, *darkpatterns.org*, <https://www.darkpatterns.org/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- , Dark Patterns: Dirty Tricks Designers Use to Make People Do Stuff, *90 Percent of Everything*, 8.7.2010, <https://www.90percentofeverything.com/2010/07/08/dark-patterns-dirty-tricks-designers-use-to-make-people-do-stuff/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- , Dark Patterns: Inside the Interfaces Designed to Trick You, These Carefully Crafted Elements Are Built to Misdirect and Confuse, *The Verge*, 29.8.2013, <https://www.theverge.com/2013/8/29/4640308/dark-patterns-inside-the-interfaces-designed-to-trick-you> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Britz, Gabriele, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, Eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Bruckmaier, Merit/Tachtsidis, Ilias/Phan, Phong/Lavie, Nilli, Attention and Capacity Limits in Perception: A Cellular Metabolism Account, *The Journal of Neuroscience* 40 (2020), S. 6801–6811.
- Brüning, Christoph, Zum grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit vor staatlicher Wirtschaftstätigkeit, *JuristenZeitung* 2009, S. 29–35.
- Brunner, Karl/Meckling, William H., The Perception of Man and the Conception of Government, *Journal of Money, Credit and Banking* 9 (1977), S. 70–85.
- Bublitz, Jan-Christoph, Der (straf-)rechtliche Schutz der Psyche, *Rechtswissenschaft* 2 (2011), S. 28–69.
- , My Mind Is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept, in: Hildt, Elisabeth/Franke, Andreas G. (Hrsg.), *Cognitive Enhancement, An Interdisciplinary Perspective*, Springer, Heidelberg 2013, S. 233–264.
- Bublitz, Jan-Christoph/Merkel, Reinhard, Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination, *Criminal Law and Philosophy* 8 (2014), S. 51–77.
- Buchheim, Johannes, Rechtlicher Richtigkeitsschutz, Zugleich ein Beitrag zur Unterscheidung von Meinungen und Nachrichten im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 GG, *Der Staat* 59 (2020), S. 159–194.
- Bumke, Christian, Publikumsinformation, *Die Verwaltung* 37 (2004), S. 3–33.
- , Ausgestaltung von Grundrechten, Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- , Autonomie im Recht, in: Bumke, Christian/Röthel, Anne (Hrsg.), *Autonomie im Recht, Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, S. 3–44.
- Bundesamt für Gesundheit, Prüfung von Massnahmen zur Erhöhung der Anzahl verfügbarer Organe zu Transplantationszwecken in der Schweiz, Bericht in Erfüllung der Postulate Gutzwiller (10.3703), Amherd (10.3701) und Favre (10.3711), Eidgenössisches Departement des Innern EDI (Hrsg.), Bern 2013.
- Busch, Christoph, Implementing Personalized Law, *Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law*, *University of Chicago Law Review* 86 (2019), S. 309–332.
- Bygrave, Lee A., Data Protection by Design and by Default: Deciphering the EU's Legislative Requirements, *Oslo Law Review* 1 (2017), S. 105–120.

- Callies, Christian*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsverhältnis, *JuristenZeitung* 2006, S. 321–330.
- Calo, Ryan*, Digital Market Manipulation, *George Washington Law Review* 82 (2014), S. 995–1051.
- Camerer, Colin/Issacharoff, Samuel/Loewenstein, George/O'Donoghue, Ted/Rabin, Matthew*, Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for 'Asymmetric Paternalism', *University of Pennsylvania Law Review* 151 (2003), S. 1211–1254.
- Camerer, Colin/Loewenstein, George/Rabin, Matthew*, *Advances in Behavioral Economics*, Princeton University Press, Princeton, NJ 2004.
- Carter, Ian*, Positive and Negative Liberty, in: Zalta, Edward N./Nodelman, Uri (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University, Stanford, CA 2020.
- Chabris, Christopher/Simons, Daniel*, *The Invisible Gorilla, And Other Ways Our Intuitions Deceive Us*, HarperCollins, London 2011.
- Chatziathanasiou, Konstantin/Leszczynska, Monika*, Experimentelle Ökonomik im Recht, *Rechtswissenschaft* 8 (2017), S. 314–338.
- Christman, John*, Autonomy in Moral and Political Philosophy, in: Zalta, Edward N./Nodelman, Uri (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University, Stanford, CA 2020.
- Ciriolo, Emanuele/Lourenco, Joana Sousa/Almeida, Sara Rafael*, The application of behavioural insights to policy in Europe, in: Straßheim, Holger/Beck, Silke (Hrsg.), *Handbook of Behavioural Change and Public Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2019, S. 101–121.
- Coase, R. H.*, The Nature of the Firm, *Economica* 4 (1937), S. 386–405.
- , The Problem of Social Cost, *The Journal of Law & Economics* 3 (1960), S. 1–44.
- Cofone, Ignacio*, Privacy Standing, *University of Illinois Law Review* 2022, S. 1367–1416.
- Conti, Gregory/Sobiesk, Edward*, Malicious Interfaces and Personalization's Uninviting Future, *IEEE Security & Privacy* 7 (2009), S. 72–75.
- , Malicious Interface Design: Exploiting the User, in: Rappa, Michael/Jones, Paul/Freire, Juliana et al. (Hrsg.), *ACM WWW '10 Proceedings, Proceedings of the 19th International Conference on World Wide Web*, ACM Press, New York, NY 2010, S. 271.
- Cooter, Robert/Ulen, Thomas*, *Law & Economics*, 6. Aufl., Addison-Wesley, Boston, MA, London 2012.
- Cornils, Matthias*, *Die Ausgestaltung der Grundrechte, Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.
- , § 168, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts, Band VII: Freiheitsrechte*, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2009.
- Cremer, Wolfram*, *Freiheitsgrundrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen 2003.
- , Gewinnstreben als öffentliche Unternehmen legitimierender Zweck: Die Antwort des Grundgesetzes, *Die Öffentliche Verwaltung* 2003, S. 921–932.
- Dalen, Hendrik P. van/Henkens, Kène*, Comparing the effects of defaults in organ donation systems, *Social Science & Medicine* 106 (2014), S. 137–142.
- Datenethikkommission*, *Gutachten der Datenethikkommission*, Berlin 2019.
- Day, Gregory/Stemler, Abbey*, Are Dark Patterns Anticompetitive?, *Alabama Law Review* 72 (2020), S. 1–45.
- DellaVigna, Stefano/Malmendier, Ulrike*, Paying Not to Go to the Gym, *American Economic Review* 96 (2006), S. 694–719.

- Denga, Michael*, Digitale Manipulation und Privatautonomie, Provozierte Erklärungen im Privatrecht, Zeitschrift für Digitalisierung und Recht 2022, S. 229–260.
- Di Fabio, Udo*, Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informativonstätigkeit, JuristenZeitung 1993, S. 689–697.
- Dietlein, Johannes*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 2005.
- Dornis, Tim W.*, Personalisierte Vertragsanbahnung und Privatautonomie, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2022, S. 310–344.
- Dregelies, Max*, Der Schutz vor Dark Patterns in DSA, Wie Art. 25 DSA die Entscheidungsprozesse von Internetnutzern schützen kann, Multimedia und Recht 2023, S. 243–248.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Dürig, Günter*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, Archiv des öffentlichen Rechts 81 (1956), S. 117–157.
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 98. Erg.-Lfg., C. H. Beck, München 2022.
- Dworkin, Gerald*, Is Wealth a Value?, The Journal of Legal Studies 9 (1980), S. 191–226.
- , The Theory and Practice of Autonomy, Cambridge University Press, Cambridge 1988.
- , Paternalism, in: Zalta, Edward N./Nodelman, Uri (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Metaphysics Research Lab, Stanford University, Stanford, CA 2020.
- Ebers, Martin*, Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioral Microtargeting, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen aus der Sicht des Zivilrechts, Multimedia und Recht 2018, S. 423–428.
- Eckhoff, Rolf*, Der Grundrechtseingriff, C. Heymanns, Köln 1992.
- Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2018.
- Eichmann, Helmut*, Auswirkungen des Grundgesetzes auf die Werbepaxis, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1964, S. 57–68.
- Eidenmüller, Horst*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JuristenZeitung 2005, S. 216–224.
- , Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, Archiv für die civilistische Praxis 210 (2010), S. 67–104.
- , Liberaler Paternalismus, JuristenZeitung 2011, S. 814–821.
- , Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Eisenberg, Melvin Aron*, The Limits of Cognition and the Limits of Contract, Stanford Law Review 47 (1995), S. 211–259.
- Enders, Christoph*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Zur Dogmatik des Art. 1 GG, Mohr Siebeck, Tübingen 1997.
- Engel, Christoph*, Verhaltenswissenschaftliche Analyse: eine Gebrauchsanweisung für Juristen, in: Engel, Christoph/Englerth, Markus/Lüdemann, Jörn et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten, Beiträge zu Behavioral Law and Economics, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 363–405.
- Englerth, Markus*, Vom Wert des Rauchens und der Rückkehr der Idioten – Paternalismus als Antwort auf beschränkte Rationalität?, in: Engel, Christoph/Englerth, Markus/Lüdemann, Jörn et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten, Beiträge zu Behavioral Law and Economics, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 231–258.

- Englich, Birte*, Blind or Biased? Justitia's Susceptibility to Blind or Biased? Justitia's Susceptibility to Anchoring Effects in the Courtroom Based on Given Numerical Representations, *Law and Policy* 28 (2006), S. 497–514.
- Englich, Birte/Mussweiler, Thomas/Strack, Fritz*, Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making, *Personality and Social Psychology Bulletin* 32 (2006), S. 188–200.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), BeckOK GG, 53. Ed., C. H. Beck, München 2022.
- Epstein, Richard*, Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections, *University of Chicago Law Review* 73 (2006), S. 111–132.
- Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, §§ 185–262, 4. Aufl., C. H. Beck, München 2021.
- Europäische Kommission*, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, SEC(2009) 1666 final, 4.12.2009.
- , Regulation on a European Approach for Artificial Intelligence – Draft, 14.4.2021, <https://edri.org/wp-content/uploads/2021/04/POLITICO-Leaked-AI-Regulation-draft.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- , Guidance on the Interpretation and Application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council Concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market, 2021/C 526/01, 29.12.2021.
- Europäischer Datenschutzausschuss*, Endorsement 1/2018, Brüssel 25.5.2018.
- , Guidelines 4/2019 on Article 25, Data Protection by Design and by Default, Vers. 2, Brüssel 20.10.2020.
- , Report of the Work Undertaken by the Cookie Banner Task Force, Brüssel 2022.
- Faber, Heiko*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, Duncker & Humblot, Berlin 1968.
- Faßbender, Kurt*, Der grundrechtliche Schutz der Werbefreiheit in Deutschland und Europa, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2006, S. 965–978.
- Faust, Florian/Grigoleit, Hans Christoph*, Informationspflichten, Grundlegende Weichenstellungen, in: Eidenmüller, Horst/Faust, Florian/Grigoleit, Hans Christoph et al. (Hrsg.), *Revision des Verbraucher-acquis*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, S. 193–200.
- Feinberg, Joel*, Legal Paternalism, *Canadian Journal of Philosophy* 1 (1971), S. 105–124.
- , Harm to Self, *The Moral Limits of the Criminal Law – Volume 3*, Oxford University Press, New York, NY, Oxford 1989.
- Fenchel, Jörg*, Negative Informationsfreiheit, *Zugleich ein Beitrag zur negativen Grundrechtsfreiheit*, Duncker & Humblot, Berlin 1997.
- Feuersack, Daniel/Becker, Daniel/Hertz, Nora*, Die Entwürfe des EU-Parlaments und der EU-Kommission für eine KI-Verordnung im Vergleich, *Eine Bewertung mit Fokus auf Regeln zu Transparenz, Forschungsfreiheit, Manipulation und Emotionserkennung*, *Zeitschrift für Digitalisierung und Recht* 2023, S. 421–444.
- Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés* (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht – Band 2, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 3. Aufl., C. H. Beck, München 2016.
- Fischhoff, Baruch*, Debiasing, in: Kahneman, Daniel/Slovic, Paul/Tversky, Amos (Hrsg.), *Judgment Under Uncertainty, Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge, MA 1982, S. 422–444.
- Frankfurt, Harry G.*, Freedom of the Will and the Concept of a Person, *The Journal of Philosophy* 68 (1971), S. 5–20.

- , Reply to John Martin Fischer („Frankfurt-Style Compatibilism“), in: Buss, Sarah/Overton, Lee (Hrsg.), *The Contours of Agency, Essays on Themes from Harry Frankfurt*, MIT Press, Cambridge, MA, London 2002, S. 27–32.
- Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 4. Aufl., C. H. Beck, München 2022.
- Frederick, Shane/Loewenstein, George/O'Donoghue, Ted*, *Time Discounting and Time Preference: A Critical Review*, *Journal of Economic Literature* 40 (2002), S. 351–401.
- Fritsch, Michael*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik, Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns*, 10. Aufl., Vahlen, München 2018.
- Fritzsche, Jörg/Münker, Reiner/Stollwerck, Christoph* (Hrsg.), *BeckOK UWG*, 18. Ed., C. H. Beck, München 2022.
- Gallwas, Hans-Ullrich*, *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, Ein Beitrag zum Begriff der Nebenwirkungen*, Duncker & Humblot, Berlin 1970.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- , *Mittelbare Publikumsinformationen im Verbraucherinformationsrecht, Lebensmittel und Recht* 2020, S. 62–68.
- Gebhardi, Bruno*, *Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente, „Nudging“ im deutschen Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2022.
- Gellermann, Martin*, *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande*, Mohr Siebeck, Tübingen 2000.
- Gerdemann, Simon/Spindler, Gerald*, *Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 2), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2023, S. 115–125.
- Gerg, Stephan*, *Nudging, Verfassungsrechtliche Maßstäbe für das hoheitliche Einwirken auf die innere Autonomie des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen 2019.
- Gertz, Michael/Martini, Mario/Seeliger, Paul/Timko, Christina*, *Dark Patterns – eine interdisziplinäre Analyse*, *Legal Tech* 2023, S. 3–10.
- Gigerenzer, Gerd*, *Heuristics*, in: Gigerenzer, Gerd/Engel, Christoph (Hrsg.), *Heuristics and the Law*, MIT Press, Cambridge, MA 2006, S. 17–44.
- , *Why Heuristics Work*, *Perspectives on Psychological Science* 3 (2008), S. 20–29.
- Gigerenzer, Gerd/Brighton, Henry*, *Homo heuristicus: Why Biased Minds Make Better Inferences*, in: Gigerenzer, Gerd/Hertwig, Ralph/Pachur, Thorsten (Hrsg.), *Heuristics, The Foundations of Adaptive Behavior*, Oxford University Press, Oxford 2011, S. 2–29.
- Gigerenzer, Gerd/Gaissmaier, Wolfgang*, *Heuristic Decision Making*, *Annual Review of Psychology* 62 (2011), S. 451–482.
- Gigerenzer, Gerd/Todd, Peter M.*, *Fast and Frugal Heuristics: The Adaptive Toolbox*, in: Gigerenzer, Gerd/Todd, Peter M./ABC Research Group (Hrsg.), *Simple Heuristics That Make Us Smart*, Oxford University Press, Oxford 2000, S. 3–36.
- Gola, Peter/Heckmann, Dirk* (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz*, 3. Aufl., C. H. Beck, München 2022.
- Goos, Christoph*, *Innere Freiheit, Eine Rekonstruktion des grundgesetzlichen Würdebegriffs*, V & R Unipress, Göttingen 2011.
- Grabitz, Eberhard*, *Freiheit und Verfassungsrecht, Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen 1976.
- Graf, Rüdiger*, *Nudging Before the Nudge? Behavioural Traffic Safety Regulation and the Rise of Behavioural Economics*, in: Straßheim, Holger/Beck, Silke (Hrsg.), *Handbook of Behavioural Change and Public Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2019, S. 23–37.

- Grafenstein, Max von/Hölzel, Julian/Irgmaier, Florian/Pohle, Jörg*, Nudging: Regulierung durch Big Data und Verhaltenswissenschaften, ABIDA – Assessing Big Data (Hrsg.), Berlin 2018.
- Gramm, Christof*, Rechtsfragen der staatlichen Aids-Aufklärung, *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, S. 2917–2926.
- Graßl, Paul/Schraffenberger, Hanna/Zuiderveen Borgesius, Frederik/Buijzen, Moniek*, Dark and Bright Patterns in Cookie Consent Requests, *Journal of Digital Social Research* 3 (2021), S. 1–38.
- Gray, Colin M./Kou, Yubo/Battles, Bryan/Hoggatt, Joseph/Toombs, Austin L.*, The Dark (Patterns) Side of UX Design, *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction* 2018, Nr. 534, S. 1–14.
- Grayot, James D.*, Dual Process Theories in Behavioral Economics and Neuroeconomics: a Critical Review, *Review of Philosophy and Psychology* 11 (2020), S. 105–136.
- Grether, David M./Schwartz, Alan/Wilde, Louis*, The Irrelevance of Information Overload, An Analysis of Search and Disclosure, *Southern California Law Review* 56 (1986), S. 277–303.
- Grimm, Dieter*, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 69 (1986), S. 38–54.
- Grundmann, Stefan*, Privatautonomie im Binnenmarkt, *Informationsregeln als Instrument*, *JuristenZeitung* 2000, S. 1133–1143.
- , Funktionaler Verbraucherschutz, in: *Ackermann, Thomas/Köndgen, Johannes* (Hrsg.), *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa*, Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag, C. H. Beck, München 2015, S. 181–199.
- Grüne-Yanoff, Till/Hertwig, Ralph*, Nudge Versus Boost: How Coherent are Policy and Theory?, *Minds & Machines* 26 (2016), S. 149–183.
- Gsell, Beate*, Verbraucherrealitäten und Verbraucherrecht im Wandel, *JuristenZeitung* 2012, S. 809–818.
- Guilbault, Rebecca L./Bryant, Fred B./Howard Brockway, Jennifer/Posavac, Emil J.*, A Meta-Analysis of Research on Hindsight Bias, *Basic and Applied Social Psychology* 26 (2004), S. 103–117.
- Guthke, Michael P.*, *Ökonomische Gesichtspunkte im Rahmen der Herstellung der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns im multipolaren Verhältnis*, Duncker & Humblot, Berlin 2003.
- Gutmann, Thomas*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, C. H. Beck, München 2001.
- , Würde und Autonomie, Überlegungen zur Kantischen Tradition, *Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics*, 2010/2, Münster 2010.
- Gutwald, Rebecca*, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus – Probleme des weichen Paternalismus im Rechtfertigungsmodell der Bounded Rationality, in: *Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm* (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, W. Kohlhammer, Stuttgart 2010, S. 73–93.
- Hacker, Philipp*, Personalizing EU Private Law, From Disclosures to Nudges and Mandates, *International Data Privacy Law* 7 (2017), S. 266–286.
- , Verhaltensökonomik und Normativität, *Die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- , Nudging and Autonomy: A Philosophical and Legal Appraisal, in: *Micklitz, Hans-Wolfgang/Sibony, Anne-Lise/Esposito, Fabrizio* (Hrsg.), *Research Methods in Consumer Law, A Handbook*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2018, S. 77–118.

- , Datenprivatrecht, Neue Technologien im Spannungsfeld von Datenschutzrecht und BGB, Mohr Siebeck, Tübingen 2020.
- , Regulating under Uncertainty about Rationality, From Decision Theory to Machine Learning and Complexity Theory, in: Grundmann, Stefan/Hacker, Philipp (Hrsg.), Theories of Choice, The Social Science and the Law of Decision Making, Oxford University Press, New York, NY 2021, S. 87–114.
- Hall, Crystal C./Jurvecic, Ines, Behavioral Insights for Public Policy, Contextualizing our Science, Cambridge University Press, Cambridge 2022.
- Hallsworth, Michael/Kirkman, Elspeth, Behavioral Insights, MIT Press, Cambridge, MA 2020.
- Hamann, Hanjo, Evidenzbasierte Jurisprudenz, Methoden empirischer Forschung und ihr Erkenntniswert für das Recht am Beispiel des Gesellschaftsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Hansen, Pelle Guldborg, The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?, European Journal of Risk Regulation 7 (2016), S. 155–174.
- , The Concepts of Nudge and Nudging in Behavioural Public Policy, in: Straßheim, Holger/Beck, Silke (Hrsg.), Handbook of Behavioural Change and Public Policy, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2019, S. 63–77.
- Hansen, Pelle Guldborg/Jespersen, Andreas Maaløe, Nudge and the Manipulation of Choice, European Journal of Risk Regulation 4 (2013), S. 3–28.
- Hanson, Jon D./Kysar, Douglas A., Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation, Harvard Law Review 112 (1999), S. 1420–1572.
- , Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation, New York University Law Review 74 (1999), S. 630–749.
- , Taking Behavioralism Seriously: A Response to Market Manipulation, Roger Williams University Law Review 6 (2000), S. 259–392.
- Hartzog, Woodrow, Privacy's Blueprint, The Battle to Control the Design of New Technologies, Harvard University Press, Cambridge, MA 2018.
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB, 63. Ed., C. H. Beck, München 2022.
- Hayek, Friedrich August von, The Road to Serfdom, University of Chicago Press, Chicago, IL 1944/2007.
- Hecker, Manfred, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Einige Gedanken zu den „aggressiven Geschäftspraktiken“ – Umsetzung in das deutsche Recht, Wettbewerb in Recht und Praxis 2006, S. 640–647.
- Heermann, Peter W./Schlingloff, Jochen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1: Grundlagen und unionsrechtlicher Rahmen des Lauterkeitsrechts. §§ 1–7 UWG, 3. Aufl., C. H. Beck, München 2020.
- Heinold, Alexander, Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy, Duncker & Humblot, Berlin 2011.
- Heintschel-Heinegg, Bernd von (Hrsg.), BeckOK StGB, 54. Ed., C. H. Beck, München 2022.
- Helberger, Natali/Micklitz, Hans-Wolfgang/Sax, Marijn/Strycharz, Joanna, Surveillance, consent and the vulnerable consumer. Regaining citizen agency in the information economy, in: Helberger, Natali/Lynskey, Orla/Micklitz, Hans-Wolfgang et al. (Hrsg.), EU Consumer Protection 2.0, Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets, BEUC, Brüssel 2021, S. 1–91.

- Helberger, Natali/Sax, Marijn/Strycharz, Joanna/Micklitz, Hans-Wolfgang*, Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability, *Journal of Consumer Policy* 45 (2022), S. 175–200.
- Helleringer, Genevieve/Sibony, Anne-Lise*, European Consumer Protection Through the Behavioral Lense, *Columbia Journal of European Law* 23 (2017), S. 607–646.
- Henderson, James A./Rachlinski, Jeffrey J.*, Product-Related Risk and Cognitive Biases: The Shortcomings of Enterprise Liability, *Roger Williams University Law Review* 6 (2000), S. 213–258.
- Hermalin, Benjamin/Katz, Avery/Craswell, Richard*, Chapter 1 – Contract Law, in: Polinsky, A. Mitchell/Shavell, Steven (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics. Volume 1*, Elsevier, Amsterdam, London 2007, S. 3–138.
- Hermes, Georg*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, C. F. Müller, Heidelberg 1987.
- Hern, Alex*, Why Google has 200m Reasons to Put Engineers Over Designers, *The Guardian* vom 2.5.2014, <https://www.theguardian.com/technology/2014/feb/05/why-google-engineers-designers> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Herresthal, Carsten*, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, *Juristische Schulung* 2014, S. 289–298.
- Hertwig, Ralph*, When to Consider Boosting: Some Rules for Policy-Makers, *Behavioural Public Policy* 1 (2017), S. 143–161.
- Heun, Werner*, Die grundgesetzliche Autonomie des Einzelnen im Lichte der Neurowissenschaften, *JuristenZeitung* 2005, S. 853–860.
- , Die grundgesetzliche Autonomie des Einzelnen im Lichte der Neurowissenschaft, in: Lampe, Ernst-Joachim/Pauen, Michael/Roth, Gerhard (Hrsg.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2008, S. 276–303.
- Hillgruber, Christian*, § 200, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2011.
- , § 201, Grundrechtsschranken, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2011.
- , § 100, Schutz der Menschenwürde, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Band IV: Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2022.
- Hillman, Robert A./Rachlinski, Jeffrey J.*, Standard-Form Contracting in the Electronic Age, *New York University Law Review* 77 (2002), S. 429–495.
- Hobbes, Thomas*, *Leviathan or the Matter, Forme & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill.*, Oxford University Press, London 1651 (Reprint 1965).
- Hoefl, Leonard*, The Force of Norms? The Internal Point of View in Light of Experimental Economics, *Ratio Juris* 32 (2019), S. 339–362.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Bäuerle, Michael/Hanebeck, Alexander/Hausotter, Carola et al. (Hrsg.), *Haben wir wirklich Recht? Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit*, Nomos, Baden-Baden 2003, S. 53–77.
- , Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an Neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 43 (2004), S. 203–233.

- , Innovation und Recht – Recht und Innovation, Recht im Ensemble seiner Kontexte, Mohr Siebeck, Tübingen 2016.
- , Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, Archiv des öffentlichen Rechts 142 (2017), S. 1–42.
- , Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation, in: Wischmeyer, Thomas/Rademacher, Timo (Hrsg.), Regulating Artificial Intelligence, Springer, Cham 2020, S. 1–29.
- Höfling, Wolfram*, Kopernikanische Wende rückwärts?, Zur neueren Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: Muckel, Stefan (Hrsg.), Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat, Duncker & Humblot, Berlin 2003, S. 329–341.
- Hofmann, Franz*, Lauterkeitsrechtliche Haftung von Online-Plattformen, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2022, S. 780–787.
- Hofmann, Franz/Raue, Benjamin/Dregelies, Max/Grise, Karina* (Hrsg.), Digital Services Act, Gesetz über digitale Dienste, Nomos; MANZ; Helbing Lichtenhahn, Baden-Baden, Wien, Basel 2023.
- Hong, Mathias*, Abwägungsfeste Rechte, Von Alexys Prinzipien zum Modell der Grundsatznormen, Mohr Siebeck, Tübingen 2019.
- Honneth, Axel*, Einleitung, in: Honneth, Axel (Hrsg.), Kommunitarismus, Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften, 3. Aufl., Campus, Frankfurt am Main 1995, S. 7–17.
- Horn, Hans-Detlef*, § 149, Schutz der Privatsphäre, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII: Freiheitsrechte, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2009.
- Hufen, Friedhelm*, Die Menschenwürde, Art. 1 I GG, Juristische Schulung 2010, S. 1–10.
- , Selbst Denken – Ein Grundprinzip für Staat und Studium, Juristische Schulung 2013, S. 1–7.
- , Die Widerspruchslösung bei der Organtransplantation, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2019, S. 1325–1329.
- Hung, Alison*, Keeping Consumers in the Dark: Addressing ‚Nagging‘ Concerns and Injury, Columbia Law Review 121 (2021), S. 2483–2520.
- Huster, Stefan*, Die ethische Neutralität des Staates, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- Ienca, Marcello/Andorno, Roberto*, Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology, Life Sciences, Society and Policy 13 (2017), Nr. 5, S. 1–27.
- Ingold, Albert*, Desinformationsrecht, Verfassungsrechtliche Vorgaben für staatliche Desinformationstätigkeit, Duncker & Humblot, Berlin 2011.
- Isensee, Josef*, Das Grundrecht auf Sicherheit, De Gruyter, Berlin, New York, NY 1983.
- , Aussprache zum Grundrechtseingriff, in: Bethge, Herbert/Weber-Dürler, Beatrice (Hrsg.), Der Grundrechtseingriff, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Osnabrück vom 1. bis 4. Oktober 1997, De Gruyter, Berlin, Boston, MA 1998, S. 100–157.
- , § 150, Privatautonomie, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII: Freiheitsrechte, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2009.
- , § 191, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2011.
- Janda, Constanze*, Der ärztliche Aufklärungsfehler als haftungsrechtliches Problem, JuristenZeitung 2012, S. 932–941.

- Jarass, Hans D., § 38, Funktion und Dimension der Grundrechte, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, C. F. Müller, Heidelberg 2006.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., C. H. Beck, München 2022.
- Jarovsky, Luiza, Dark Patterns in Personal Data Collection: Definition, Taxonomy and Lawfulness, SSRN, 31.3.2022, <https://ssrn.com/abstract=4048582> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., O. Häring, Berlin 1914.
- Jestaedt, Matthias, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- , § 102, Meinungsfreiheit, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV: Grundrechte in Deutschland – Einzelgrundrechte I, C. F. Müller, Heidelberg 2011.
- Johnson, Dominic D. P./Fowler, James H., The Evolution of Overconfidence, *Nature* 477 (2011), S. 317–320.
- Johnson, Eric J./Goldstein, Daniel, Do Default Save Lives?, *Science* 302 (2003), S. 1338–1339.
- Jolls, Christine/Sunstein, Cass R., Debiasing through Law, *The Journal of Legal Studies* 35 (2006), S. 199–242.
- Jolls, Christine/Sunstein, Cass R./Thaler, Richard H., A Behavioral Approach to Law and Economics, *Stanford Law Review* 50 (1998), S. 1471–1550.
- Joost, Nine, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, Soll das Recht dem Risiko defizitärer Patientenentscheidungen entgegenwirken?, in: Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, W. Kohlhammer, Stuttgart 2010, S. 126–159.
- Kahl, Wolfgang, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 43 (2004), S. 167–202.
- , Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik: Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas, *Archiv des öffentlichen Rechts* 131 (2006), S. 579–620.
- , § 124, Die allgemeine Handlungsfreiheit, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V: Grundrechte in Deutschland – Einzelgrundrechte II, C. F. Müller, Heidelberg 2013.
- Kahneman, Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, New York, NY 2011.
- Kahneman, Daniel/Knetsch, Jack L./Thaler, Richard H., Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, *Journal of Economic Perspectives* 5 (1991), S. 193–206.
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos, Subjective Probability: A Judgment of Representativeness, *Cognitive Psychology* 3 (1972), S. 430–454.
- , Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica* 47 (1979), S. 263–291.
- , Choices, Values, and Frames, *American Psychologist* 39 (1984), S. 341–350.
- Kant, Immanuel, *Grundlegungen zur Metaphysik der Sitten*, 4. Aufl., Frankfurt und Leipzig 1785/1794.

- Kempen, Bernhard*, § 54, Grundrechtsverpflichtete, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, C. F. Müller, Heidelberg 2006.
- Kersten, Jens*, Das Klonen von Menschen, Eine verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Kritik, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
- Kiener, Maximilian*, When Do Nudges Undermine Voluntary Consent?, *Philosophical Studies* 2021, S. 1–26.
- Kirchgässner, Gebhard*, Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre?, Zur Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, *JuristenZeitung* 1991, S. 104–111.
- , *Homo Oeconomicus, The Economic Model of Behaviour and Its Applications in Economics and Other Social Sciences*, Springer, New York, NY 2008.
- , *Homo oeconomicus, Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften*, 4. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Kirchhof, Gregor*, Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, S. 732–736.
- Kirste, Stephan*, Harter und weicher Rechtspaternalismus – Unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik, *JuristenZeitung* 2011, S. 805–814.
- Klein, Eckart*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, S. 1633–1640.
- Klein, Hans Hugo*, Der demokratische Grundrechtsstaat, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hrsg.), *Bitburger Gespräche Jahrbuch 1995/I*, 29. Bitburger Gespräche zum Thema ‚Zur deutschen Verfassung‘, C. H. Beck, München 1995, S. 81–96.
- Klein, Oliver*, Das Untermaßverbot, Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung, *Juristische Schulung* 2006, S. 960–964.
- Kleinig, John*, *Paternalism*, Rowman & Allanheld, Totowa, N. J. 1983.
- Klement, Jan Henrik*, Der Vorbehalt des Gesetzes für das Unvorhersehbare, *Die Öffentliche Verwaltung* 2005, S. 507–515.
- , Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt, Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik, *JuristenZeitung* 2008, S. 756–763.
- , Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, *Archiv des öffentlichen Rechts* 134 (2009), S. 35–82.
- , Wettbewerbsfreiheit, Bausteine einer europäischen Grundrechtstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- , Öffentliches Interesse an Privatheit, *JuristenZeitung* 2017, S. 161–170.
- , § 79, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Band III: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2022.
- , § 80, Grundrechtseingriffe, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Band III: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2022.
- Kloepfer, Michael*, Umweltschutz und Verfassungsrecht, Zum Umweltschutz als Staatspflicht, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1988, S. 305–316.
- , Staatliche Informationen als Lenkungsmittel, De Gruyter, Berlin, New York, NY 1998.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn* (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, *GeschGehG, PAngV, UKlaG, DL-InfoV*, 41. Aufl., C. H. Beck, München 2023.

- Köhler, Helmut/Letttl, Tobias*, Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG Reform, Wettbewerb in Recht und Praxis 2003, S. 1019–1057.
- Kokott, Juliane*, § 22, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I: Entwicklung und Grundlagen, C. F. Müller, Heidelberg 2004.
- Kolbe, Frederike*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, Grundrechtliche Grenzen paternalistischen Staatshandelns, Nomos, Baden-Baden 2017.
- Korobkin, Russell, A* „Traditional“ and „Behavioral“ Law-and-Economics Analysis of Williams v. Walker-Thomas Furniture Company, University of Hawai'i Law Review 26 (2003), S. 441–468.
- , Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability, University of Chicago Law Review 70 (2003), S. 1203–1295.
- , The Problems with Heuristics for Law, in: Gigerenzer, Gerd/Engel, Christoph (Hrsg.), Heuristics and the Law, MIT Press, Cambridge, MA 2006, S. 45–60.
- Korobkin, Russell B./Ulen, Thomas S.*, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, California Law Review 88 (2000), S. 1051–1144.
- Kreßner, Maximilian*, Gesteuerte Gesundheit, Grund und Grenzen verhaltenswissenschaftlich informierter Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention, Nomos, Baden-Baden 2019.
- Krings, Günter*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, Die subjektiv-rekonstruktion der grundrechtlicher Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts, Duncker & Humblot, Berlin 2003.
- Kromrey, Ilka*, Belastungskumulation, Ein Beitrag zur Erweiterung des grundrechtlichen Eingriffsbegriffs, Mohr Siebeck, Tübingen 2018.
- Kronman, Anthony T.*, Paternalism and the Law of Contracts, Yale Law Journal 92 (1983), S. 763–798.
- Kube, Hanno*, § 148, Persönlichkeitsrecht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII: Freiheitsrechte, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2009.
- Kühling, Jürgen/Sauerbaum, Joachim*, Vertrags- und lauterkeitsrechtliche Rahmenbedingungen für „Dark patterns“, Neue Herausforderung für die digitale Rechtsordnung Entscheidungsautonomie des Verbrauchers, unternehmerische Freiheiten und das moderne Verbraucherleitbild, Computer & Recht 2022, S. 295–306.
- Kühling, Jürgen/Sauerborn, Cornelius*, „Dark patterns“ unter der DSGVO und dem DSA – Neue Herausforderung für die digitale Rechtsordnung, Klassifikation und datenschutzrechtliche Steuerungsvorgaben, Computer & Recht 2022, S. 226–235.
- Kuhn, Thomas S.*, The Structure of Scientific Revolutions, 2. Aufl., University of Chicago Press, Chicago, IL 1970.
- Kunzendorf, Friederike Simone*, Gelenkter Wille, Das Nudging-Konzept zwischen Selbstbestimmungsfreiheit und Rechtsstaatsprinzip, Mohr Siebeck, Tübingen 2021.
- Künzler, Adrian*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- Latzel, Clemens*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, Springer, Berlin, Heidelberg 2020.
- Lauscher, Anna/Legner, Sarah*, Künstliche Intelligenz und Diskriminierung, Zeitschrift für Digitalisierung und Recht 2022, S. 367–390.

- Laux, Helmut/Gillenkirch, Robert M./Schenk-Mathes, Heike Y.*, Entscheidungstheorie, 10. Aufl., Springer Gabler, Berlin, Heidelberg 2018.
- Le Guin, Ursula K.*, The Ones Who Walked Away from Omelas, in: Silverberg, Robert (Hrsg.), New Dimensions 3, Nelson Doubleday 1973, S. 1–8.
- Leiser, M. R./Caruana, Mireille M.*, Dark Patterns: Light to be Found in Europe's Consumer Protection Regime, Journal of European Consumer and Market Law 2021, S. 237–252.
- Leonhart, Rainer*, Lehrbuch Statistik, Einstieg und Vertiefung, 5. Aufl., Hogrefe, Bern 2022.
- Lessig, Lawrence*, Code, And other Laws of Cyberspace, Basic Books, New York, NY 1999.
- , Code is Law, On Liberty in Cyberspace, Harvard Magazine vom 1.1.2000, <https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Lieder, Falk/Griffiths, Thomas L.*, Resource-Rational Analysis: Understanding Human Cognition as the Optimal Use of Limited Computational Resources, The Behavioral and Brain Sciences 43 (2019), Nr. e1, S. 1–60.
- Lindenberg, Siegwart*, Homo Socio-oeconomicus: The Emergence of a General Model of Man in the Social Sciences, Journal of Institutional and Theoretical Economics 146 (1990), S. 727–748.
- Lindner, Josef Franz*, „Grundrechtseingriff“ oder „grundrechtswidriger Effekt“?, Plädoyer für einen grundrechtsdogmatischen Paradigmenwechsel, Die Öffentliche Verwaltung 2004, S. 765–774.
- , Theorie der Grundrechtsdogmatik, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.
- , Fremdbestimmung durch Selbstbestimmung Die „Entscheidungsalternative“ als Grundrechtsproblem, Archiv des öffentlichen Rechts 140 (2015), S. 542–570.
- , Unwissenheit schützt vor Spende nicht?, *Verfassungsblog*, 8.7.2019, <https://verfassungsblog.de/unwissenheit-schuetzt-vor-spende-nicht/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Lindner, Josef Franz/Huber, Franziska*, Widerruf der Patientenverfügung durch den einwilligungsunfähigen Patienten?, Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 6–10.
- Lord, Charles G./Lepper, Mark R./Preston, Elizabeth*, Considering the Opposite: A Corrective Strategy for Social Judgment, Journal of Personality and Social Psychology 47 (1984), S. 1231–1243.
- Lorenz, Stephan*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, C. H. Beck, München 1997.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, Neue Juristische Wochenschrift 1987, S. 2705–2712.
- , Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Nomos, Baden-Baden 1988.
- Lüdemann, Jörn*, Edukatorisches Staatshandeln, Steuerungstheorie und Verfassungsrecht am Beispiel der staatlichen Förderung von Abfallmoral, Nomos, Baden-Baden 2004.
- , § 65, Abwehrrechte, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band III: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2022.
- Luguri, Jamie/Strahilevitz, Lior Jacob*, Shining a Light on Dark Patterns, Journal of Legal Analysis 13 (2021), S. 43–109.
- Lunn, Peter D.*, Are Consumer Decision-Making Phenomena a Fourth Market Failure?, Journal of Consumer Policy 38 (2015), S. 315–330.

- Lupiáñez-Villanueva, Francisco/Boluda, Alba/Bogliacino, Francesco/Liva, Giovanni et al.*, Behavioural Study on Unfair Commercial Practices in the Digital Environment: Dark Patterns and Manipulative Personalization, Final Report, Europäische Kommission (Hrsg.) 16.5.2022.
- Lynskey, Orla/Micklitz, Hans-Wolfgang/Rott, Peter*, Personalised Pricing and Personalised Commercial Practices, in: Helberger, Natali/Lynskey, Orla/Micklitz, Hans-Wolfgang et al. (Hrsg.), EU Consumer Protection 2.0, Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets, BEUC, Brüssel 2021, S. 92–145.
- Maarmar, Niklas*, § 4 Sorgfaltspflichten der Anbieter von Vermittlungsdiensten, in: Kraul, Torsten (Hrsg.), Das neue Recht der digitalen Dienste, Digital Services Act (DSA), Nomos, Baden-Baden 2023.
- Mackinnon, Eli/King, Jennifer*, Do the DSA and DMA Have What It Takes to Take on Dark Patterns?, *Tech Policy Press*, 23.6.2022, <https://techpolicy.press/do-the-dsa-and-dma-have-what-it-takes-to-take-on-dark-patterns/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Malgieri, Gianclaudio/Comandé, Giovanni*, Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law* 7 (2017), S. 243–265.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., C. H. Beck, München 2018.
- March, James G.*, Bounded Rationality, Ambiguity, and the Engineering of Choice, *The Bell Journal of Economics* 9 (1978), S. 587–608.
- Martini, Mario*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, Möglichkeiten und Grenzen einer staatlichen Verwaltung des Mangels, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.
- , Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Juristische Ausbildung* 2009, S. 839–845.
- , Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, *JuristenZeitung* 72 (2017), S. 1017–1025.
- Martini, Mario/Drews, Christian*, Making Choice Meaningful, Tackling Dark Patterns in Cookie and Consent Banners Through European Data Privacy Law, *SSRN*, 2.11.2022, <https://ssrn.com/abstract=4257979> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Martini, Mario/Drews, Christian/Seeliger, Paul/Weinzierl, Quirin*, Dark Patterns, *Zeitschrift für Digitalisierung und Recht* 2021, S. 47–74.
- Martini, Mario/Kramme, Inken/Kamke, Anton*, Dark Patterns im Scheinwerferlicht des Digital Services Act, Sind Art. 25, 27 und 31 DSA der erhoffte Lichtblick oder nur heller Schein?, *Multimedia und Recht* 2023, S. 323–328.
- , KI-VO, DMA und DA als Missing Links im Kampf gegen dunkle Designmuster, Das Digitalpaket der Union und seine vielschichtigen Regelungsansätze gegen Dark Patterns, *Multimedia und Recht* 2023, S. 399–403.
- Martini, Mario/Kramme, Inken/Seeliger, Paul*, „Nur noch für 30 Minuten verfügbar“, Scarcity- und Countdown-Patterns bei Online-Geschäften auf dem Prüfstand des Rechts, *Verbraucher und Recht* 2022, S. 123–131.
- Martini, Mario/Kühl, Benjamin*, Der informierende Staat als Katalysator der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, *Die Öffentliche Verwaltung* 2013, S. 573–584.
- Martini, Mario/Weinzierl, Quirin*, Mandated Choice: der Zwang zur Entscheidung auf dem Prüfstand von Privacy by Default (Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO), *Rechtswissenschaft* 10 (2019), S. 287–316.

- Martins, Renata*, Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat, Rationalisierung der Grundrechtsanwendung?, *Die Öffentliche Verwaltung* 2007, S. 456–464.
- Mast, Tobias*, Staatsinformationsqualität, De- und Rekonstruktion des verfassungsgerichtlichen Leitbilds öffentlicher staatlicher Informationstätigkeit und der entsprechenden Gebote, Duncker & Humblot, Berlin 2020.
- Mathis, Klaus*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 2019.
- Mathis, Klaus/Steffen, Ariel David*, From Rational Choice to Behavioral Economics, Theoretical Foundations, Empirical Findings and Legal Implications, in: Mathis, Klaus (Hrsg.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Springer, Cham 2015, S. 31–48.
- Mathur, Arunesh/Acar, Gunes/Friedman, Michael J./Lucherini, Elena et al.*, Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites, *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction* 3 (2019), CSCW Nr. 81, S. 1–32.
- Mathur, Arunesh/Mayer, Jonathan/Kshirsagar, Mihir*, What Makes a Dark Pattern ... Dark?, Design Attributes, Normative Considerations, and Measurement Methods, *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction* 2021, Nr. 360, S. 1–27.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20. Aufl., C. H. Beck, München 2020.
- Mayer, Matthias*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich, *Nomos*, Baden-Baden 2005.
- McAdams, Richard H.*, Focal Point Theory of Expressive Law, *Virginia Law Review* 86 (2000), S. 1649–1729.
- , *The Expressive Powers of Law, Theories and limits*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2017.
- McSpedden-Brown, Nicholas*, Dark Commercial Patterns, *OECD (Hrsg.), OECD Digital Economy Papers*, 336, 2022.
- Meckling, William H.*, Values and the Choice of the Model of the Individual in the Social Sciences, *Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik* 112 (1976), S. 545–560.
- Meier, Dominik*, Täuschung und Manipulation im Privatrecht, Eine philosophisch-ökonomische Annäherung an die Regulierung von Beeinflussungen, Mohr Siebeck, Tübingen 2022.
- Mejias, Ulises A./Couldry, Nick*, Datafication, *Internet Policy Review* 8 (2019), S. 1–10.
- Merkel, Reinhard*, Handlungsfreiheit, Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld, in: Lampe, Ernst-Joachim/Pauen, Michael/Roth, Gerhard (Hrsg.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2008, S. 332–370.
- Merten, Detlef*, § 60, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band III: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren II, C. F. Müller, Heidelberg 2009.
- Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Aufl., *Nomos*, Baden-Baden 2019.
- Michael, Lothar*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel(bund)konzept, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit, Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, S. 42–59.

- Michl, Fabian*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, Mohr Siebeck, Tübingen 2018.
- Micklitz, Hans-Wolfgang*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, C. H. Beck, München 2012.
- Mildner, Thomas/Savino, Gian-Luca/Doyle, Philip R./Cowan, Benjamin R./Malaka, Rainer*, About Engaging and Governing Strategies: A Thematic Analysis of Dark Patterns in Social Networking Services, in: Schmidt, Albrecht/Väänänen, Kaisa/Goyal, Tesh et al. (Hrsg.), ACM CHI '23 Proceedings, Proceedings of the 2023 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, ACM Press, New York, NY 2023, Paper 192, S. 1–16.
- Mill, John Stuart*, On Liberty, 2. Aufl., John W. Parker and Son, West Strand, London 1859. –, Utilitarianism, Batoche Books, Kitchener, OT 1863 (Reprint 2001).
- Mills, Chris*, The Heteronomy of Choice Architecture, Review of Philosophy and Psychology 6 (2015), S. 495–509.
- Möller, Kai*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2005.
- Möllers, Christoph*, Wandel der Grundrechtsjudikatur, Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 1973–1979. –, Willensfreiheit durch Verfassungsrecht, in: Lampe, Ernst-Joachim/Pauen, Michael/Roth, Gerhard (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2008, S. 250–275.
- Monsees, Carolin*, Behördliches Informationshandeln im Lebensmittelbereich, Zugleich eine Untersuchung der heutigen Informationsmodelle in der Verwaltungspraxis sowie der gesetzgeberischen Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene, Duncker & Humblot, Berlin 2018.
- Morlok, Martin*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, J. C. B. Mohr, Tübingen 1993.
- Möslin, Florian*, Dispositives Recht, Zwecke, Strukturen und Methoden, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- Möstl, Markus*, § 68, Schutzpflichten, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band III: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2022.
- Muckel, Stefan*, Begrenzung grundrechtlicher Schutzbereiche durch Elemente außerhalb des Grundrechtstatbestandes, in: Kempfen, Bernhard/Dörr, Dieter/Fink, Udo et al. (Hrsg.), Die Macht des Geistes, Festschrift für Hartmut Schiedermaier, C. F. Müller, Heidelberg 2001, S. 347–362.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip/Kämmerer, Jörn Axel/Kotzur, Markus* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Gesamtwerk, 7. Aufl., C. H. Beck, München 2021.
- Murswiek, Dietrich*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Duncker & Humblot, Berlin 1985. –, Zur Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten für den Umweltschutz, Wirtschaftsverwaltungsrecht 1986, S. 179–204. –, Staatliche Warnungen, Wertungen, Kritik als Grundrechtseingriffe, Deutsches Verwaltungsblatt 1997, S. 1021–1030. –, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe, Zu der Glykol- und der Osho-Entscheidung vom 26.6.2002, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, S. 1–8. –, Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?, Der Staat 45 (2006), S. 473–500.

- Neumann, John von/Morgenstern, Oskar*, Theory of Games and Economic Behavior, 60. Aufl., Princeton University Press, Princeton, NJ 1944/2007.
- Neuner, Jörg*, Natürlicher und freier Wille, Archiv für die civilistische Praxis 218 (2018), S. 1–31.
- , Paternalismus im Privatrecht, JuristenZeitung 2020, S. 269–276.
- Nickerson, Raymond S.*, Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises, Review of General Philosophy 2 (1998), S. 175–220.
- Nink, David*, Justiz und Algorithmen, Über die Schwächen menschlicher Entscheidungsfindung und die Möglichkeiten neuer Technologien in der Rechtsprechung, Duncker & Humblot, Berlin 2021.
- Noggle, Robert*, Manipulative Actions: A Conceptual and Moral Analysis, American Philosophical Quarterly 33 (1996), S. 43–55.
- Nouwens, Midas/Liccardi, Ilaria/Veale, Michael/Karger, David/Kagal, Lalana*, Dark Patterns after the GDPR: Scraping Consent Pop-ups and Demonstrating their Influence, in: Bernhaupt, Regina/Mueller, Florian/Verweij, David (Hrsg.), ACM CHI '20 Proceedings, Proceedings of the 2020 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, ACM Press, New York, NY 2020, Paper 194, S. 1–13.
- O'Hara, Laurence*, Grundrechtsschutz vor psychisch vermittelter Steuerung, Archiv des öffentlichen Rechts 145 (2020), S. 133–187.
- OECD*, Use of Behavioural Insights in Consumer Policy, OECDpublishing (Hrsg.), OECD Science, Technology and Innovation Policy Papers, 36, 2017.
- Oermann, Markus/Staben, Julian*, Mittelbare Grundrechtseingriffe durch Abschreckung? Zur grundrechtlichen Bewertung polizeilicher „Online-Streifen“ und „Online-Ermittlungen“ in sozialen Netzwerken, Der Staat 52 (2013), S. 630–661.
- Ohly, Ansgar*, „Volenti non fit iniuria“, Die Einwilligung im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2002.
- , Das neue UWG im Überblick, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016, S. 3–6.
- Oppermann, Thomas*, Das Unternehmen in der Wirtschaftsverfassung und in der Wirtschaftspolitik, in: Coing, Helmut (Hrsg.), Staat und Unternehmen aus Sicht des Rechts, Mohr Siebeck, Tübingen 1994, S. 35–52.
- Ossenbühl, Fritz*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, J. C. B. Mohr, Tübingen 1976, S. 458–518.
- , Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, Archiv des öffentlichen Rechts 115 (1990), S. 1–32.
- Paal, Boris P./Pauly, Daniel A.* (Hrsg.), Beck'sche Kompakt-Kommentare Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., C. H. Beck, München 2021.
- Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- Peine, Franz-Joseph*, § 57, Der Grundrechtseingriff, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren II, C. F. Müller, Heidelberg 2009.
- Peppet, Scott R.*, Freedom of Contract in an Augmented Reality: The Case of Consumer Contracts, University of California Law Review 59 (2012), S. 676–745.

- Petersen, Niels*, Die Eingriffsdogmatik aus deutscher Perspektive: Der Grundrechtseingriff als Zurechnungskategorie, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 67 (2012), S. 459–474.
- , Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Philippi, Klaus Jürgen*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, C. Heymanns, Köln 1971.
- Pi, Daniel/Parisi, Francesco/Luppi, Barbara*, Biasing, Debiasing, and the Law, in: Zamir, Eyal/Teichman, Doron (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, Oxford, New York NY 2014, S. 143–166.
- Pindyck, Robert S./Rubinfeld, Daniel L.*, *Mikroökonomie*, 9. Aufl., Pearson Studium, Hallbergmoos 2018.
- Porat, Ariel/Strahilevitz, Lior*, Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data, *Michigan Law Review* 112 (2014), S. 1417–1478.
- Poscher, Ralf*, § 3, Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf et al. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, C. H. Beck, München 2021.
- Posner, Richard A.*, Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, *Stanford Law Review* 50 (1998), S. 1551–1575.
- Prantl, Heribert*, Freiheit, auch im Alter, *Süddeutsche Zeitung* vom 30.12.2022, <https://www.sueddeutsche.de/meinung/betreuungsrecht-senioren-justiz-1.5723834?reduced=true> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Pronin, Emily/Puccio, Carolyn/Ross, Lee*, Understanding Misunderstanding, Social Psychological Perspectives, in: Gilovich, Thomas/Griffin, Dale/Kahneman, Daniel (Hrsg.), *Heuristics and Biases, The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, S. 636–665.
- Puhl, Thomas*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: Dreier, Horst/Pauly, Walter/Pernice, Ingolf et al. (Hrsg.), *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Europäisches und nationales Verfassungsrecht. Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000*, De Gruyter, Berlin, New York, NY 2001, S. 456–504.
- Purnhagen, Kai*, Why Do We Need Responsive Regulation and Behavioural Research in EU Internal Market Law?, in: Mathis, Klaus (Hrsg.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Springer, Cham 2015, S. 51–69.
- , More Reality in the CJEU’s Interpretation of the Average Consumer Benchmark – Also More Behavioural Science in Unfair Commercial Practices, *European Journal of Risk Regulation* 8 (2017), S. 437–440.
- Rachlinski, Jeffrey J.*, The Uncertain Psychological Case for Paternalism, *Northwestern University Law Review* 97 (2003), S. 1165–1225.
- , Cognitive Errors, Individual Differences, and Paternalism, *University of Chicago Law Review* 73 (2006), S. 207–229.
- Rademacher, Timo*, Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen: Dürfen wir es unmöglich machen, rechtswidrig zu handeln?, *JuristenZeitung* 2019, S. 702–710.
- Ramm, Thilo*, Die Freiheit der Willensbildung, Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrecht und der Rechtsstruktur der Vereinigung, G. Fischer, Stuttgart 1960.

- Ramsauer, Ulrich, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, *Verwaltungsarchiv* 72 (1981), S. 89–106.
- , Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte, *Archiv des öffentlichen Rechts* 111 (1986), S. 501–563.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1971.
- Regan, Donald H., The Problem of Social Cost Revisited, *The Journal of Law & Economics* 15 (1972), S. 427–437.
- Reichenberger, Reiner/Frey, Bruno S., „Superrationalität“ oder: Vom rationalen Umgang mit Irrationalen, in: Herder-Dorneich, Philipp/Schenk, Karl-Ernst/Schmidtchen, Dieter (Hrsg.), *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie – 12. Band, Neue politische Ökonomie von Normen und Institutionen*, Mohr Siebeck, Tübingen 1993, S. 50–84.
- Reisch, Lucia A., Nudging hell und dunkel: Regeln für digitales Nudging, *Wirtschaftsdienst* 100 (2020), S. 87–91.
- Rich, Michael L., Should We Make Crime Impossible?, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 36 (2012), S. 795–848.
- Robbers, Gerhard, Sicherheit als Menschenrecht, Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, *Nomos*, Baden-Baden 1987.
- Rodi, Michael, *Ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts*, Springer Gabler, Berlin 2014.
- Roetzel, Peter Gordon, Information Overload in the Information Age: A Review of the Literature from Business Administration, Business Psychology, and Related Disciplines with a Bibliometric Approach and Framework Development, *Business Research* 12 (2019), S. 479–522.
- Röthel, Anne, Testierfreiheit und Testiermacht, *Archiv für die civilistische Praxis* 210 (2010), S. 32–66.
- Rothmann, Robert, Die Rechtswirklichkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung, Eine interdisziplinäre Fallstudie, Mohr Siebeck, Tübingen 2023.
- Ruffert, Matthias, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- Ruscheheimer, Hannah, *Der additive Grundrechtseingriff*, Duncker & Humblot, Berlin 2019.
- , Kollektiver Rechtsschutz und strategische Prozessführung gegen Digitalkonzerne, *Multimedia und Recht* 2021, S. 942–946.
- Ryan, Johnny, Research Result: What Percentage Will Consent to Tracking for Advertising?, *Assorted Materials*, 12.9.2017, <https://assortedmaterials.com/2017/09/12/new-research-how-many-consent-to-tracking/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Sachs, Michael (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 9. Aufl., C. H. Beck, München 2021.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil – §§ 1–240; AllgPersönlR; ProstG; AGG*, 9. Aufl., C. H. Beck, München 2022.
- Samuelson, William/Zeckhauser, Richard, Status Quo Bias in Decision Making, *Journal of Risk and Uncertainty* 1 (1988), S. 7–59.
- Sandfuchs, Barbara, Privatheit wider Willen?, Verhinderung informationeller Preisgabe im Internet nach deutschem und US-amerikanischem Verfassungsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Sandner, Julia, *Verstärkungswirkungen unter Grundrechten*, Duncker & Humblot, Berlin 2019.

- Sartor, Giovanni/Lagioia, Francesca/Galli, Federico*, Regulating Targeted and Behavioral Advertising in Digital Services, How to Ensure Users' Informed Consent, Europäisches Parlament (Hrsg.), Brüssel 2021.
- Saxer, Urs*, Politische Kommunikation des Staates, Phänomenologie und rechtliche Rahmenbedingungen im Vergleich, aus schweizerischer Sicht, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge 58 (2010), S. 209–234.
- Schaber, Peter*, Menschenwürde und Instrumentalisierungsverbot, in: Stoecker, Ralf/Neuhäuser, Christian/Raters, Marie-Luise et al. (Hrsg.), Handbuch Angewandte Ethik, J. B. Metzler, Stuttgart 2011, S. 331–337.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., Springer, Berlin 2005.
- Schäfers, Dominik*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit im Zeitalter von Digitalisierung, Big Data und Künstlicher Intelligenz, Archiv für die civilistische Praxis 221 (2021), S. 32–67.
- Schebesta, Hanna/Purnhagen, Kai*, The Behaviour of the Average Consumer: A Little Less Normativity and a Little More Reality in the Court's Case Law? Reflections on Teekanne, European Law Review 41 (2016), S. 590–598.
- Scherer, Inge*, Die Neuregelung der aggressiven geschäftlichen Handlungen in § 4 a UWG, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016, S. 233–242.
- Schmidt, Rolf*, Staatliches Informationshandeln und Grundrechtseingriff, Eine verfassungsrechtliche Studie zu den grundrechtlichen Vorgaben und Grenzen staatlicher Informationstätigkeit in der modernen Informationsgesellschaft, Schmidt, Grasberg bei Bremen 2004.
- Schmitz, Sebastian Clemens*, Grundrechtliche Schutzpflichten und der Anspruch auf Straßenverkehrsicherung, Zur Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben an die Verkehrsicherung öffentlicher Straßeninfrastruktur, Duncker & Humblot, Berlin 2010.
- Schmolke, Klaus U.*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Schneider, Christoph/Weinmann, Markus/vom Brocke, Jan*, Digital Nudging: Guiding Online User Choices through Interface Design, Communications of the ACM 61 Issue 7 (2018), S. 67–73.
- Schnellenbach, Jan*, Wohlwollendes Anschubsen: Was ist mit liberalem Paternalismus zu erreichen und was sind seine Nebenwirkungen?, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 12 (2011), S. 445–459.
- Schopenhauer, Arthur*, Die Welt als Wille und Vorstellung, F. A. Brockhaus, Leipzig 1819.
- Schumpeter, Joseph*, Das Wesen und der Hauptinhalt der theoretischen Nationalökonomie, 3. Aufl. (unverändert), Duncker & Humblot, Berlin 1998.
- Schwabe*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JuristenZeitung 1998, S. 66–75.
- Schwamberger, Sebastian*, § 10, Zusammenspiel und Friktionen mit anderen Rechtsakten, in: Steinrötter, Björn (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, DSA, DMA, P2B-VO, DGA, DA, AI Act, DSM-RL: Rechtshandbuch, Nomos, Baden-Baden 2023.
- Schwartz, Alan*, Regulating for Rationality, Stanford Law Review 67 (2015), S. 1373–1410.
- Schwartz, Alan/Wilde, Louis*, Intervening In Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis, University of Pennsylvania Law Review 127 (1979), S. 630–682.
- Sen, Amartya*, Freedom of Choice, European Economic Review 32 (1988), S. 269–294.

- , *Markets and Freedoms: Achievements and Limitations of the Market Mechanism in Promoting Individual Freedoms*, *Oxford Economic Papers* 45 (1993), S. 519–541.
- Sententia, Wrye*, *Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Cognition*, *Annals of the New York Academy of Science* 2004, S. 221–228.
- Sesselmeier, Werner/Bizer, Kilian*, Haushalt, öffentlich, in: Schubert, Klaus (Hrsg.), *Handwörterbuch des ökonomischen Systems der Bundesrepublik Deutschland*, Springer, Dordrecht 2005, S. 223–231.
- Sharot, Tali/Korn, Christoph W./Dolan, Raymond J.*, How Unrealistic Optimism is Maintained in the Face of Reality, *Nature Neuroscience* 14 (2011), S. 1475–1479.
- Shiffrin, Seana Valentine*, Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation, *Philosophy & Public Affairs* 29 (2000), S. 205–250.
- Sibony, Anne-Lise*, Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights: An Analysis of the Unfair Practices Directive, *European Review of Private Law* 22 (2014), S. 901–954.
- Siebert, Lou Martine*, Abzocke im Internet, BILD vom 6.4.2020, <https://www.bild.de/bild-plus/politik/inland/politik-inland/abzocke-im-internet-wann-online-haendler-zu-weit-gehen-69662564,view=conversionToLogin.bild.html> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker gen. Döhmann, Indra* (Hrsg.), *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, Nomos, Baden-Baden 2019*.
- Simon, Herbert A.*, A Behavioral Model of Rational Choice, *The Quarterly Journal of Economics* 69 (1955), S. 99–118.
- , Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science, *The American Economic Review* 49 (1959), S. 253–283.
- Smith, Lilly*, Why You Can't Escape Dark Patterns, *Fast Company*, 7.2.2020, <https://www.fastcompany.com/90452333/why-you-still-cant-escape-dark-patterns> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Sodan, Helge*, § 66, Leistungsrechte, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band III: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2022*.
- Solove, Daniel J.*, A Taxonomy of Privacy, *University of Pennsylvania Law Review* 154 (2006), S. 477–560.
- , The Myth of the Privacy Paradox, *George Washington Law Review* 89 (2020), S. 1–51.
- , Murky Consent, An Approach to the Fictions of Consent in Privacy Law, *GWU Legal Studies Research Paper*, 2023–23, 2023.
- Solove, Daniel J./Citron, Danielle Keats*, Risk and Anxiety: A Theory of Data Breach Harms, *Texas Law Review* 96 (2016), S. 737–786.
- Sommaggio, Paolo/Mazzocca, Marco*, Cognitive Liberty and Human Rights, in: D'Aloia, Antonio/Errigo, Maria Chiara (Hrsg.), *Neuroscience and Law, Complicated Crossings and New Perspectives*, Springer, Cham 2020, S. 95–111.
- Spaeth, Wiebke*, Grundrechtseingriff durch Information, Zur Verfassungsmässigkeit von verhaltenssteuernden Warnungen und Empfehlungen der Bundesregierung, P. Lang, Frankfurt am Main, New York, NY 1995.
- Spickhoff, Andreas* (Hrsg.), *Medizinrecht, 4. Aufl., C. H. Beck, München 2022*.
- Spranger, Tade Matthias*, Die Figur der „Schutzbereichsverstärkung“, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, S. 2074–2076.

- Staben, Julian*, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments, Mohr Siebeck, Tübingen 2018.
- Stango, Victor/Zinman, Jonathan*, Limited and Varying Consumer Attention, Evidence from Shocks to the Salience of Bank Overdraft Fees, *The Review of Financial Studies* 27 (2014), S. 990–1030.
- Statista*, Wären Sie bereit, nach dem Tod Ihre Organe zu spenden?, *Statista*, 2008, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1941/umfrage/bereitschaft-zur-organspende-nach-tod/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- , Top 20 Webseiten in Deutschland nach der Anzahl der Unique Visitors im September 2022, *Statista*, 2022, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/180570/umfrage/meistbesuchte-websites-in-deutschland-nach-anzahl-der-besucher/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Steeger, Hans*, Algorithmenbasierte Diskriminierung durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Rechtsvergleichende Überlegungen und relevante Einsatzgebiete, *Multimedia und Recht* 2019, S. 715–721.
- Steinbeck, Anja*, Die Zukunft der aggressiven Geschäftspraktiken, Wettbewerb in Recht und Praxis 2008, S. 865–871.
- Steinbeck, Anja/Lachenmaier, Andreas*, Verhaltensökonomik im Gerichtssaal, *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, S. 2086–2091.
- Stern, Klaus*, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung, *Die Öffentliche Verwaltung* 2010, S. 241–249.
- Stigler, Georg J.*, The Economics of Information, *The Journal of Political Economy* 69 (1961), S. 213–225.
- Stigler, George*, *The Theory of Price*, 3. Aufl., Macmillan, New York, NY 1966.
- Stiglitz, Joseph E.*, The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics, *The Quarterly Journal of Economics* 115 (2000), S. 1441–1478.
- , The Revolution of Information Economics: The Past and the Future, Cambridge, MA, Working Paper 23780, 2017.
- Straetmans, Gerd*, Misleading Practices, the Consumer Information Model and Consumer Protection, *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, S. 199–209.
- Strahilevitz, Lior/Luguri, Jamie*, Consumertarian Default Rules, *Law and Contemporary Problems* 82 (2019), S. 139–161.
- Strasheim, Holger/Jung, Arlena/Korinek, Rebecca-Lea*, Reframing Expertise, The Rise of Behavioral Insights and Interventions in Public Policy, in: Antal, Ariane Berthoin/Hutter, Michael/Stark, David (Hrsg.), *Moments of Valuation, Exploring Sites of Dissonance*, Oxford University Press, Oxford 2015, S. 249–268.
- Suhr, Dieter*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums, Duncker & Humblot, Berlin 1976.
- Sunstein, Cass R.*, Legal Interference with Private Preferences, *University of Chicago Law Review* 53 (1986), S. 1129–1174.
- , On the Expressive Function of Law, *University of Pennsylvania Law Review* 144 (1996), S. 2021–2053.
- , Behavioral Economics and Paternalism, *The Storrs Lectures*, *Yale Law Journal* 122 (2013), S. 1826–1899.
- , Deciding by Default, *University of Pennsylvania Law Review* 162 (2013), S. 1–57.
- , Nudges vs. Shoves, *Harvard Law Review* 127 (2014), S. 210–217.

- , *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, New Haven, CT 2014.
- , *Sludge Audits*, *Behavioural Public Policy* 6 (2022), S. 654–673.
- Susser, Daniel/Roessler, Beate/Nissenbaum, Helen*, *Online Manipulation: Hidden Influences in a Digital World*, *The Georgetown Law Technology Review* 4 (2019), S. 1–45.
- , *Technology, Autonomy, and Manipulation*, *Internet Policy Review* 8 (2019), S. 1–22.
- Sydow, Gernot/Marsch, Nikolaus* (Hrsg.), *DS-GVO – BDSG, Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, Handkommentar*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2022.
- Szczekalla, Peter*, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“*, Duncker & Humblot, Berlin 2002.
- Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev* (Hrsg.), *DSGVO – BDSG – TTDSG, Kommentar*, 4. Aufl., Deutscher Fachverlag, Frankfurt am Main 2022.
- Teifke, Nils*, *Das Prinzip Menschenwürde, Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- Testori Coggi, Paola*, *Behavioural Insights in the Commission, The European Commission Supports the Study and Application of Behavioural Insights for Policymaking*, *Politico*, 13.6.2012, <https://www.politico.eu/article/behavioural-insights-in-the-commission/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- Tettinger, Peter J.*, *Rechtliche Bausteine eines modernen Abfallwirtschaftsrechts*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1995, S. 213–221.
- Thaler, Richard H.*, *Illusions and Miages in Public Policy*, *The Public Interest* 73 (1983), S. 60–74.
- , *Doing Economics Without Homo Economicus*, in: *Medema, Steven G./Samuels, Warren J.* (Hrsg.), *Foundations of Research in Economics: How do Economists do Economics?*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Brookfield, VT 1996, S. 227–237.
- , *Nudge, not Sludge*, *Science* 361 (2018), S. 431.
- Thaler, Richard H./Sunstein, Cass R.*, *Libertarian Paternalism*, *American Economic Review* 93 (2003), S. 175–179.
- , *Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Penguin Books, New York, NY 2009.
- , *Nudge, The Final Edition*, Penguin Books, New York, NY 2021.
- Thaler, Richard H./Sunstein, Cass R./Balz, John P.*, *Choice Architecture*, in: *Shafir, Eldar* (Hrsg.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Princeton University Press, Princeton, NJ 2013, S. 428–439.
- Thiele, Alexander*, *Kommunitarismus und Grundgesetz*, in: *Reese-Schäfer, Walter* (Hrsg.), *Handbuch Kommunitarismus*, Springer VS, Wiesbaden 2019, S. 465–488.
- Thoma, Richard*, Nr. 18, *Kritische Würdigung des vom Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates beschlossenen und veröffentlichten Grundrechtskatalogs*, in: *Pikart, Eberhard/Werner, Wolfram* (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Band 5/1: Ausschuß für Grundsatzfragen*, Harald Boldt Verlag, Boppard am Rhein 1993, S. 361–380.
- Tillmann, Tristan Julian/Vogt, Verena*, *Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, Verbraucher und Recht* 2018, S. 447–455.
- Tobisch, Antonia Elisabeth*, *Dispositives Recht und Grundgesetz, Ein Beitrag zum Verständnis dispositiven Rechts im Kontext des grundrechtlichen Eingriffsbegriffs*, Mohr Siebeck, Tübingen 2021.

- Traut, Marcus/Nickolaus, Christoph*, Der Ankereffekt: Schattendasein im Strafprozess, Ein Plädoyer für eine Reform des § 258 StPO, *Strafverteidiger Forum* 2015, S. 485–492.
- Tversky, Amos/Kahneman, Daniel*, Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability, *Cognitive Psychology* 5 (1973), S. 207–232.
- , Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science* 185 (1974), S. 1124–1131.
- , Rational Choice and the Framing of Decisions, *The Journal of Business* 59 (1986), S. 251–278.
- Ugur, Zeynep Burcu*, Does Presumed Consent Save Lives? Evidence from Europe, *Health Economics* 24 (2015), S. 1560–1572.
- Utz, Christine/Degeling, Martin/Fahl, Sascha/Schaub, Florian/Holz, Thorsten*, (Un)informed Consent, in: Cavallaro, Lorenzo/Kinder, Johannes/Wang, XiaoFeng et al. (Hrsg.), *ACM CCS '19 Proceedings, Proceedings of the 2019 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security*, ACM Press, New York, NY 2019, S. 973–990.
- Veale, Michael/Zuiderveen Borgesius, Frederik*, Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act, Analysing the Good, the Bad, and the Unclear Elements of the Proposed Approach, *Computer Law Review International* 22 (2021), S. 97–112.
- Veel, Paul-Erik N.*, Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making, *Law and Ethics of Human Rights* 4 (2010), S. 178–228.
- Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.*, Wahlfreiheit von Verbrauchern und effektiven Wettbewerb in digitalen Märkten sicherstellen, Positionspapier des Verbraucherzentrale Bundesverbandes (vzbv) zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über wettbewerbsfähige und faire digitale Märkte (Digital Markets Act), Berlin 2021.
- Volk, Matthias/Staegemann, Daniel/Turowski, Klaus*, Big Data, in: Kollmann, Tobias (Hrsg.), *Handbuch Digitale Wirtschaft*, Springer Gabler, Berlin 2020, S. 1037–1053.
- Vosgerau, Ulrich*, Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen: Ein zentrales Problem der Grundrechtsdogmatik, *Archiv des öffentlichen Rechts* 133 (2008), S. 346–388.
- Voßkuhle, Andreas*, § 1, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph et al. (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band 1, 3. Aufl., C. H. Beck, München 2022.
- Voßkuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte, *Juristische Schulung* 2011, S. 411–413.
- , Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundrechtseingriff, *Juristische Schulung* 2019, S. 313–315.
- Wagner, Gerhard/Eidenmüller, Horst*, In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen: Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft* 2019, S. 220–246.
- Wahl, Rainer/Masing, Johannes*, Schutz durch Eingriff, *JuristenZeitung* 1990, S. 553–563.
- Waldman, Ari Ezra*, Cognitive Biases, Dark Patterns, and the ‚Privacy Paradox‘, *Current Opinion in Psychology* 31 (2020), S. 105–109.
- Wallerath, Maximilian*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, Beschaffung und Leistungserstellung im Staat der Gegenwart, *Nomos*, Baden-Baden 1988.
- Weber, Franziska*, Das Verbraucherleitbild des Verbrauchervertragsrechts – im Wandel?, *Verbraucher und Recht* 2020, S. 9–15.
- , Verbraucherleitbilder im Spiegel der Verbraucherverhaltensforschung, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2020, S. 98–101.

- Weber, Franziska/Schäfer, Hans-Bernd, „Nudging“, Ein Spross der Verhaltensökonomie, Überlegungen zum liberalen Paternalismus auf gesetzgeberischer Ebene, *Der Staat* 56 (2017), S. 561–592.
- Weber-Dürler, Beatrice, Der Grundrechtseingriff – 2. Bericht, in: Bethge, Herbert/Weber-Dürler, Beatrice (Hrsg.), *Der Grundrechtseingriff, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Osnabrück vom 1. bis 4. Oktober 1997*, De Gruyter, Berlin, Boston, MA 1998, S. 57–96.
- Weidner, Wiltrud/Transchel, Fabian W.G./Weidner, Robert, Telematic Driving Profile Classification in Car Insurance Pricing, *Annals of Actuarial Science* 11 (2017), S. 213–236.
- Weil, Andrew, *The Natural Mind, An Investigation of Drugs and the Higher Consciousness*, revised edition, Houghton Mifflin, Boston, MA, New York, NY 1998.
- Weinzierl, Quirin, Entscheiden müssen ist besser als spenden müssen, *Verfassungsblog*, 5.8.2019, <https://verfassungsblog.de/entscheiden-muessen-ist-besser-als-spenden-muessen/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2023).
- , Dark Patterns als Herausforderung für das Recht, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra* 15/2020, S. 1–11.
- Weizsäcker, Carl Christian von/Akerlof, George A./Shiller, Robert J., Phishing for Phools: The Economics of Manipulation and Deception, *Journal of Economics* 118 (2016), S. 91–96.
- Werner, Matthias, Verbraucherinformation ohne Prüfung der inhaltlichen Richtigkeit?, *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht* 2008, S. 115–125.
- White, Mark D., *The Manipulation of Choice, Ethics and Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, New York, NY 2013.
- Wiedemann, Herbert/Wank, Rolf, Begrenzte Rationalität – Gestörte Willensbildung im Privatrecht, *JuristenZeitung* 2013, S. 340–345.
- Wilkinson, T. M., Nudging and Manipulation, *Political Studies* 61 (2013), S. 341–355.
- Wintrich, Josef M., *Zur Problematik der Grundrechte*, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden 1957.
- Wittig, Petra, *Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs, Ein normanalytischer Ansatz*, V. Klostermann, Frankfurt am Main 2005.
- Wittlin, Maggie, Buckling Under Pressure: An Empirical Test of the Expressive Effects of Law, *Yale Journal on Regulation* 28 (2011), S. 429–469.
- Wolff, Heinrich Amadeus, Die Willensfreiheit und die Grundrechte, *JuristenZeitung* 2006, S. 925–930.
- Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan (Hrsg.), *BeckOK Datenschutzrecht*, 42. Ed., C. H. Beck, München 2022.
- Wolff, Johanna, Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein aus rechtswissenschaftlicher Sicht, *Rechtswissenschaft* 6 (2015), S. 194–222.
- , *Anreize im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2021.
- Wollenschläger, Ferdinand, Die Verbraucherinformation vor dem BVerfG, *JuristenZeitung* 2018, S. 980–987.
- Wright, Joshua D./Ginsburg, Douglas H., Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty, *Northwestern University Law Review* 106 (2015), S. 1033–1088.

- Wüst, Kirsten/Beck, Hanno*, *Ökonomische Theorie der Zeit und Psychologie*, List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik 35 (2009), S. 45–62.
- Zamir, Eyal*, *The Efficiency of Paternalism*, Virginia Law Review 84 (1998), S. 229–286.
- Zuiderveen Borgesius, Frederik*, *Behavioral Targeting: A European Legal Perspective*, IEEE Security & Privacy 11 (2013), S. 82–85.
- Zuiderveen Borgesius, Frederik/Kruikemeier, Sanne/Boerman, Sophie C./Helberger, Natalie*, *Tracking Walls, Take-It-Or-Leave-It Choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation*, European Data Protection Law Review 3 (2017), 353–368.



## Stichwortregister

- A/B-Tests 249  
Abwehrrecht 56  
AI Act 251  
Allgemeine Handlungsfreiheit 71, 77, 85, 173, 185  
Allgemeines Persönlichkeitsrecht 71, 86, 222  
Anreiz 25, 144  
Asymmetrische Interventionen 230  
Äußere Sphäre 64, 88, 143  
Äußere Strategien 237  
Autonomie 35, 60, 84f., 151, 170, 194, 241  
  
Berufsfreiheit 100f., 171, 177, 184, 194, 252  
  
Dark Patterns 2, 29, 154, 160, 166, 193, 240  
– Verbot von 216, 223, 242  
Datenschutzrecht 197, 253  
*De-Biasing* 98, 102, 174, 177, 181, 238  
Digital Markets Act (DMA) 216  
Digital Services Act (DSA) 214  
  
Eingriff 91, 176  
– durch Schutz 155  
– Schutzeingriff 223  
Entscheidungsfreiheit 25, 43, 97, 145, 154, 194, 208  
*Expected Utility Theory (EUT)* 8  
  
*Fairness by Design* 247  
*False Positives* 156f., 223, 249  
Freie Entfaltung 73  
Freiheitserweiterung 98  
  
Grundrecht auf mentale Selbstbestimmung 74  
  
Handlungsfreiheit 24, 64, 130, 144  
Handlungsnorm 221  
*homo oeconomicus* 218  
  
Information 27, 97, 178  
Informationelle Selbstbestimmung, Recht auf 154, 198  
Innere Sphäre 65, 74, 84, 149, 222  
Innere Strategien, *siehe* De-Biasing  
Integritätsinteressen 89  
  
Konkordanz 189  
Kontrollnorm 190  
Körperliche Unversehrtheit, Recht auf 86, 91, 103  
Künstliche Intelligenz (KI) 250  
  
Lauterkeitsrecht 207, 253  
  
Marktversagen 44f., 148, 218  
– behavioristisch 50, 102, 152, 235  
Meinungsfreiheit 66, 166, 182  
Menschenbild des Grundgesetzes 58f., 68, 81, 83f., 99, 169  
Menschenwürde 70, 77, 119, 165  
Mindestschutzmaß 194, 198, 207, 212  
  
Normbefehl 26  
Nudge 28  
  
Ordnungsziel 100, 178  
Organspende 1, 22, 132, 155  
– Widerspruchslösung 2, 22, 123f., 129, 134  
  
Paternalismus 3, 41, 129  
Präferenzautonomie 78, 86, 95

- Prozessautonomie 80, 86, 95, 122, 149,  
 183, 196, 217, 240, 252
- Rational Choice Theory (RCT)* 8
- Rationale Irrationalität 11
- Rationalitätsdefizite 12
- Ausnutzen von 18, 28, 39, 43, 96, 109
  - Entscheidungsfehler 14
  - Urteilsfehler 13
- Rationalitätserwartung 10
- Rechtfertigung 117, 181
- Schutzbereich 63, 161
- Schutzpflicht 56, 135, 139, 221
- Simple Model* 225
- Frustrationskosten 232, 252
- Gesamtnutzen 233
  - Interventionskosten 232
- Test-Repositoryen 250
- Transparenz 21, 104, 178, 241
- Umweltveränderung 24, 144
- Verhaltensökonomische Auslegung 206,  
 210, 214
- Vertragsfreiheit 49, 145, 155, 173, 185,  
 194
- Vertragsrecht, allgemeines 211, 253
- Vorbehalt des Gesetzes 134
- Zwang 24, 144