

Nudges für die Gesundheit: das Beispiel der Diabetesprävention*

von Stefan Huster und Jennifer Reimann

Übersicht

- A. Einleitung
 - I. Diabetes als gesundheitspolitische Herausforderung
 - 1. Entwicklung und Bedeutung für die Krankheitslast
 - 2. Lebensstil als Ursache
 - II. Interventionsmöglichkeiten
 - 1. Die gesundheitspolitische Diskussion über Interventionsmöglichkeiten
 - 2. Das Dilemma staatlicher Verhaltensbeeinflussung
 - III. Nudging als Ausweg?
- B. Nudging in der sozialphilosophischen Diskussion¹
 - I. Was ist Nudging?
 - 1. Der libertäre Paternalismus
 - 2. Definitionsmerkmale von Nudges
 - II. Nudges als Regulierungsinstrument
 - III. Das Problem des Paternalismus
 - 1. Der Paternalismus-Einwand
- 2. Der eudaimonistische Hintergrund des libertären Paternalismus
- 3. Grund und Grenzen des paternalistischen Nudging
- IV. Der manipulative Charakter des Nudging
- C. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für ein Nudging zur Diabetes-Prävention
 - I. Nudges im Rahmen der Diabetes-Prävention
 - 1. Primärprävention
 - 2. Sekundärprävention
 - II. Verfassungsrechtliche Beurteilung des Einsatzes von Nudges zur Diabetes-Prävention
 - 1. Grundzüge der verfassungsrechtlichen Erfassung
 - 2. Manipulation
- D. Fazit

A. Einleitung

I. Diabetes als gesundheitspolitische Herausforderung

1. Entwicklung und Bedeutung für die Krankheitslast

Hierzulande, aber auch weltweit ist Diabetes mellitus eine der größten Volkskrankheiten der heutigen Zeit. Laut Weltgesundheitsorganisation leiden rund 422 Mio. Menschen auf der ganzen Welt an einer Diabeteserkrankung.¹ Die Mehrheit der Erkrankten ist von einer Typ-2-Diabetes-Erkrankung betroffen, die meist erst in einem höheren Lebensalter auftritt. Die Inzidenz soll in den kommenden Jahren jedoch auch bei Kindern und Jugendlichen stark ansteigen. Laut dem Deutschen Diabetes Zentrum und dem Robert-

* Dieser Aufsatz entstand i.R.d. vom Bundesministerium für Gesundheit (BMG) unter dem Kennzeichen ZMV I 1–2516 FSB 018 geförderten Forschungsprojekts »Förderung gesundheitlicher Eigenverantwortung: Möglichkeiten und Grenzen aus philosophisch-ethischer, rechtlicher und gesundheitsökonomischer Sicht«.

1 World Health Organization, Global report on diabetes, 2016, S. 25.

Koch-Institut werden bis zum Jahr 2040 fast zwölf Millionen Menschen in Deutschland an Diabetes mellitus Typ 2 leiden.² Vielfach ist von einer »Diabetes-Epidemie« die Rede.³

Die »Zuckerkrankheit« gehört nicht nur zu den häufigsten, sondern mit einem erheblichen Anteil an den Krankenversicherungsausgaben auch zu den teuersten chronischen Krankheiten.⁴ Insbesondere die schwerwiegenden Folgeerkrankungen wie Herzinfarkt, Schlaganfall oder der diabetische Fuß, deren Behandlung erhebliche Folgekosten nach sich zieht, verdeutlichen die Herausforderungen, vor denen die Gesundheitssysteme stehen.

2. Lebensstil als Ursache

Die Ursachen für die Erkrankung an Diabetes mellitus Typ 2 und deren Zunahme liegen, neben der demographischen Veränderung der Gesellschaft, oftmals in der Lebensführung. Starkes Übergewicht und damit einhergehende falsche Ernährung und Bewegungsmangel gelten als wesentliche Risikofaktoren für die Entwicklung einer Diabetes mellitus Typ 2-Erkrankung. Die stetig zunehmende Anzahl der Fälle von Adipositas wird in diesem Kontext auch für die steigende Inzidenz der Diabetes-Typ-2-Erkrankungen von Bedeutung sein.⁵

II. Interventionsmöglichkeiten

1. Die gesundheitspolitische Diskussion über Interventionsmöglichkeiten

Lebensstiländerungen, wie eine gesunde Ernährung und ausreichende Bewegung, werden als besonders effektiv und erfolgversprechend bei der Prävention und Behandlung von Diabetes diskutiert.⁶ Es ist daher nicht überraschend, dass seit geraumer Zeit auch politisch intensiv über die Frage diskutiert wird, welche Instrumente der Gesundheitspolitik zur Verfügung stehen, um die Bürger zu einem gesundheitsbewussteren Verhalten zu bewegen. Dabei können Interventionsmöglichkeiten unterschiedlicher Art und Eingriffsintensität unterschieden werden:⁷

2 Tönnies/Röckl/Hoyer u.a., Diabet. Med. 2019, 1 ff.

3 Vgl. nur die Stellungnahme der WHO, Die Diabetes-Epidemie in der Europäischen Region, <http://www.euro.who.int/de/health-topics/noncommunicable-diseases/diabetes/news/news/2011/11/diabetes-epidemic-in-europe> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

4 Rieser, Dtsch Ärztebl 2005, 102(31–32), A-2132; Kähm/Laxy u.a., Diabetes Care 2018, 971 ff.

5 Vgl. Bundesministerium für Bildung und Forschung, Adipositas Erkrankungen, S. 2 ff., https://www.ifb-adipositas.de/sites/default/files/broschuere-adipositas-bmbf_last_121012.pdf (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

6 Vgl. etwa Tuomilehto/Lindström/Eriksson u.a., N Engl J Med 2001, 1343 ff.; Diabetes Prevention Program Research Group, N Engl J Med 2002, 393 ff.; Lim/Hollingsworth u.a., Diabetologia 2011, 2506 ff.

7 Vgl. dazu grundlegend die Entwicklung einer »intervention ladder« bei Nuffield Council on Bioethics, Public health: ethical issues, 2007, S. 41 ff. Sehr ähnlich etwa auch bereits die Systematisierung für das deutsche Recht bei Höfling, ZLR 2/2006, 121 ff. Eine noch weiter ausdifferenzierte Systematik etwa bei Ubel/Rosenthal, N Engl J Med 2019, no. 380, 309, 310.

- Am invasivsten sind staatliche Verbote gesundheitsgefährdenden bzw. Gebote gesundheitsförderlichen Verhaltens, die direkt an die Betroffenen gerichtet sind. Ihnen folgen Ver- und Gebote, die an die Produzenten und Vertreiber gesundheitsgefährdender Produkte adressiert sind. Hierzu gehören etwa Verbote, bestimmte Produkte – generell oder gegenüber bestimmten Zielgruppen, wie z.B. Kindern – zu bewerben.
- Keine imperative Verhaltensteuerung, aber Maßnahmen mit erheblichem Wirkungspotential stellen finanzielle Anreize dar. So können gesundheitsgefährdende Verhaltensweisen sowie Produkte verteuert (»Fettsteuer«, »Zuckersteuer«) und gesundheitsförderliche Aktivitäten finanziell belohnt werden (etwa durch Bonus-Programme von Krankenkassen, vgl. § 65a SGB V).
- Schließlich stehen Maßnahmen der Information und Aufklärung zur Verfügung. Diese reichen von den z.Zt. vielfach diskutierten Nährwertkennzeichnungsmodellen auf Lebensmittelverpackungen (»Lebensmittelampel«, »Nutri-Score«) – die gegenüber den Produzenten dieser Produkte allerdings wiederum Eingriffsqualität besitzen⁸ – bis hin zu Aufklärungskampagnen, die die Bürger lediglich über die gesundheitlichen Gefahren bestimmter Verhaltensgewohnheiten informieren oder sie mehr oder weniger deutlich auch zu einer Verhaltensänderung ermahnen.

2. Das Dilemma staatlicher Verhaltensbeeinflussung

Allerdings liegen die Schwierigkeiten des Einsatzes derartiger Instrumente auf der Hand. Zwei Probleme drängen sich auf, die zudem auf verwickelte Weise miteinander zusammenhängen.

Zum einen gilt: Je invasiver und daher wirkungsvoller derartige Maßnahmen sind, umso unangemessener sind sie in einer freiheitlichen Gesellschaft. Auch wenn man den Widerstand von Industrielobbys gegen staatliche Regulierungsbemühungen, der natürlich auf nationaler und europäischer Ebene existiert und sinnvolle politische Maßnahmen zu Fall gebracht haben mag, in Rechnung stellt, stellt sich die Frage, ob wir tatsächlich in einem Gemeinwesen leben wollen, in dem die öffentliche Gewalt aus Gründen der Gesundheitsförderung ständig in unsere private Lebensführung eingreift, indem sie bestimmte Verhaltensweisen (insbesondere Ernährungs- und Bewegungsgewohnheiten) ge- und verbietet oder mit finanziellen Sanktionen belegt. Eine derartige Gängelei geriete schnell an ihre politischen und verfassungsrechtlichen Grenzen. Beschränkt sie sich dagegen auf Informations- und Aufklärungskampagnen, zeigt alle Erfahrung, dass damit allein wenig auszurichten ist: Vom Bewusstsein, dass das eigene Verhalten riskant ist, bis zur Verhaltensänderung ist es ein weiter Weg.

Zum anderen stieße eine derartige Gängelei auch deshalb auf Widerstand, weil die Entscheidung für ein mehr oder weniger gesundheitsbewusstes Verhalten zunächst einmal dem Einzelnen obliegt, der sich überlegt, wie er sein Leben führen will. Was dem

8 Vgl. BVerfGE 95, 173, 183 f., zu den verpflichtenden Warnhinweisen auf Zigarettenverpackungen.

Wohl des Einzelnen entspricht, liegt nicht in der Definitionsmacht eines freiheitlichen Staates, sondern gehört allein in die individuelle Selbstbestimmung des Bürgers, solange nicht Dritte dadurch geschädigt werden.⁹ Ihn zu einem gesundheitsbewussteren Verhalten zu nötigen oder zu incentivieren zieht daher den Verdacht des Paternalismus auf sich.

III. Nudging als Ausweg?

Vor diesem Hintergrund scheint das sog. Nudging auch bei der Diabetes-Prävention einen freiheitskompatiblen Ausweg aus dem Dilemma zu bieten: Wenn es möglich wäre, basierend auf den Erkenntnissen der Verhaltensökonomik die Bürger über die Gestaltung der Entscheidungsumgebung zu einem gesünderen Verhalten zu führen, ohne ihre Freiheit einzuschränken, wäre ein liberaler und zugleich effektiver Weg der Gesundheitspolitik gefunden.¹⁰ Im Folgenden soll dieses Konzept des Nudging mit seinen normativen Problemen zunächst grundsätzlich vorgestellt (B.), bevor es dann aus verfassungsrechtlicher Perspektive im Kontext der Diabetes-Prävention diskutiert wird (C.).

B. Nudging in der sozialphilosophischen Diskussion¹¹

I. Was ist Nudging?

1. Der libertäre Paternalismus

Ausgangspunkt des libertären Paternalismus (»Libertarian Paternalism«) als Grundlagentheorie für das Nudging-Instrumentarium ist die Beobachtung, dass wir alle nicht so autonom und informiert entscheiden, wie wir meinen. Psychologische Erkenntnisse belegen, dass Entscheidungen häufig von bestimmten Rahmenbedingungen abhängen, die wir gar nicht als solche erkennen und die uns in die Irre führen können. Von besonderer Bedeutung waren und sind diese Einsichten für die Wirtschaftswissenschaften, die den Idealtypus des stets rationalen, allwissenden und nutzenmaximierenden »Homo Oeconomicus« zugunsten eines realistischeren Modells des menschlichen Entscheidungsverhaltens weithin aufgegeben haben.¹² So konnte in der Psychologie und in der

9 Diese Klausel hat unter Hinweis auf die Gefahren des Passivrauchens verfassungsrechtlich weitgehende Regulierungen des Tabakkonsums gerechtfertigt; vgl. dazu BVerfGE 121, 317 ff.

10 Das Nudging hat daher viel Aufmerksamkeit i.R.d. Präventions- und Gesundheitsförderungs politik gefunden; vgl. nur *Blumenthal-Barby/Burroughs*, *The Am J of Bioethics* 12 (2012), No. 2, 1 ff.; *Бух*, *Ethik in der Medizin* 22 (2010), 221 ff.; *Eichhorn/Ott*, Nudging im Unternehmen. Den Weg für gesunde Entscheidungen bereiten (iga-Report 38), 2019; *Hertwig/Dallacker*, *G+G* 1/2019, 31 ff.; *Krisam/v. Philipsborn/Meder*, *Das Gesundheitswesen* 79 (2017), 117 ff.; *Maier/Ziegler*, *clinicum* 3–2015, 76 ff. Zum Teil verknüpft es sich auch mit E-Health-Ansätzen; vgl. *Maier-Rigaud/Böning*, *Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung* 87 (2019), 77 ff.; *Maier/Reimer*, *clinicum* 6–2015, 66 ff.

11 Dieser Abschnitt nimmt Überlegungen auf aus *Huster*, *Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit. Normative Aspekte von Public Health*, 2015, S. 24 ff.

12 Zur Diskussion vgl. nur *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus – Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften*, 4. Aufl. 2013.

Verhaltensökonomik (Behavioral Economics) etwa gezeigt werden, dass menschliche Verhaltens- und Konsumententscheidungen von der jeweiligen Standardeinstellung abhängen (Status quo-Effekt).¹³ Auch neigen Menschen zu einer Gegenwartsprivilegierung in dem Sinne, dass sie gegenwärtigen und kurzfristigen Nutzen über- und langfristigen Nutzen unterschätzen. Zudem zeigen sie bei der Bewertung von Risiken einen übermäßigen Optimismus (»Mich wird es schon nicht treffen«). Risiken werden weiterhin stark abhängig davon eingeschätzt, ob entsprechende Informationen zur Verfügung stehen, weil sich etwa gerade ein derartiges Risiko spektakulär realisiert hat; so werden bestimmte Versicherungen vermehrt abgeschlossen, wenn sich gerade eine entsprechende Katastrophe ereignet hat – obwohl dieser Umstand an dem Risiko natürlich nichts ändert (»Availability Bias«). Und schließlich werden mögliche Verluste häufig sehr viel höher gewichtet als mögliche Gewinne; diese Verlustaversion kann bekanntlich insbesondere bei Entscheidungen über finanzielle Anlagen zu eigenartigen Ergebnissen führen (»Endowment-Effekt«). Zahlreiche weitere »Cognitive Biases« ließen sich hier nennen. Aus einer Perspektive, die derartige Entscheidungen mit dem Idealbild eines rationalen Nutzenmaximierers vergleicht, ist menschliches Verhalten daher oft zutiefst unvernünftig und defizitär: Wir rauchen, essen und trinken zu viel, bewegen uns zu wenig und fahren zu schnell mit dem Auto und ruinieren dadurch unsere Gesundheit. Ebenso treffen wir irrationale Anlage- und Konsumententscheidungen und verschwenden dadurch Ressourcen.

Wenn es richtig ist, dass derartige unkluge und ungesunde Entscheidungen häufig auf unbewusste Weise durch ihre Umstände und Rahmenbedingen zustande kommen, liegt die Idee nahe, unsere Entscheidungen durch eine Veränderung dieser Umstände und Bedingungen zu »verbessern«. Dies ist der Ansatz des Nudging, der in den letzten Jahren viel Aufmerksamkeit gefunden hat.¹⁴ Einen »Stups« (Nudge) zu geben, kann etwa bedeuten, das gesunde Essen in einer Schulcafeteria in Augenhöhe zu platzieren, während die Schokoriegel in die unteren Fächer verbannt werden. Wenn Arbeitnehmern eine betriebliche Altersvorsorge angeboten wird, werden mehr Verträge abgeschlossen, wenn man sich dazu nicht gesondert entschließen muss, sondern die Überweisung eines Teils des Gehalts in einen entsprechenden Sparplan die Standardeinstellung ist. Und wir wissen aus Umfragen, dass sehr viel mehr Bürger die Organspende befürworten, als letztlich tatsächlich einen Spendeausweis ausfüllen; vermutlich könnte man das Organaufkommen steigern, wenn die Spendebereitschaft der Normalfall wäre, man also seinen Widerspruch und nicht seine Zustimmung zur Organspende erklären müsste.¹⁵

13 Vgl. dazu und zum Folgenden nur *Kahnemann*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012.

14 Vgl. grundlegend *Thaler/Sunstein*, Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness, 2008; aus diesem Buch stammen auch die folgenden Beispiele. Zuvor bereits *dies.*, Univ. of Chicago LR 2003, 1159 ff. Umfassende Darstellung bei *Neumann*, Libertärer Paternalismus, 2013.

15 Inwieweit dieser Zusammenhang tatsächlich besteht, ist allerdings umstrittener, als *Thaler/Sunstein* (Fn. 14), S. 184 ff., annehmen. Zur Diskussion vgl. nur *Huster*, Abnutzungskämpfe an der falschen Front: zur Widerspruchslösung bei der Organspende, *VerfBlog*, 2019/4/04, <https://verfassungsblog.de/abnutzungskampfe-an-der-falschen-front-zur-widerspruchsloesung-bei-der-organspende/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

2. Definitionsmerkmale von Nudges

Die beispielhaft genannten Nudges beruhen alle darauf, dass sie eine gewisse Trägheit des menschlichen Entscheidungsverhaltens ausnutzen, indem sie die Standardeinstellung (»default rule«) verändern. Nicht alle Nudges sind dieser Art; so können Entscheidungen etwa auch dadurch beeinflusst werden, dass den Bürgern Informationen zur Verfügung gestellt werden (z.B. Angaben zu dem Kaloriengehalt eines Lebensmittels) oder die Umwelt auf andere Weise verändert wird (z.B. durch auf den Bürgersteig gemalte Fußabdrücke, die den Weg zum nächsten Mülleimer weisen).¹⁶ Eine allgemeine Definition der Instrumente, die als Nudges aufgefasst werden, könnte aus den folgenden drei Elementen bestehen:¹⁷

- (1) Nudges beschränken – jedenfalls in einem substantiellen Sinne – die Wahlfreiheit nicht, sondern modellieren lediglich die Entscheidungsarchitektur. Niemandem ist es in den genannten Beispielen verwehrt, doch den Schokoriegel aus dem unteren Regal zu wählen, die betriebliche Altersvorsorge abzulehnen oder sich gegen eine Organspende zu entscheiden. Es geht also keinesfalls um zwingende Ge- und Verbote, aber auch nicht einmal um Anreize: Das »unklug« Verhalten wird nicht besteuert oder sonst finanziell oder auf andere Weise benachteiligt; ebenso wird das »erwünschte« Verhalten nicht prämiert. Gewisse Kosten entstehen allenfalls durch die Obliegenheit des »Opt out«: Man muss nach dem Schokoriegel Ausschau halten und sich bücken, und man muss seine fehlende Bereitschaft zur Organspende oder zur Teilnahme an einem Programm der Altersvorsorge erklären.¹⁸ Aber es ist zuzugeben, dass das eher in den Bereich der Lästigkeiten als der ernsthaften Kosten und Nachteile fällt. Aus Sicht seiner »Erfinder« rechtfertigt es dies, von einem »libertären« Paternalismus zu sprechen.¹⁹
- (2) Nudges zeichnen sich ferner dadurch aus, dass sie an die Besonderheiten und Defizite des menschlichen Entscheidungsverhaltens, die in der Verhaltensökonomik analysiert worden sind, anknüpfen, indem sie die Entscheidungsschwächen auszugleichen versuchen (etwa durch die Zurverfügungstellung von Informationen) oder sie sogar ausnutzen (etwa die Trägheit durch eine Veränderung der Standardeinstellung).

16 Eine Nudge-Typologie, die auf Bewertungsfragen ausgerichtet ist, findet sich etwa bei *Yeung*, *Modern Law Review* 2012, 122 ff.

17 Im Anschluss an *McCrudden*, *Nudging and Human Dignity*, *VerfBlog*, 2015/1/06, <http://www.verfassungsblog.de/nudging-human-dignity/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020), der wiederum auf *Bovens*, in: *Grüne-Yanoff/Hansson* (Hrsg.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, 2009, S. 207 ff., verweist. Zur Diskussion der Begriffsdefinition vgl. auch *Düber*, *Zeitschr. f. Prakt. Philos.* 3 (2016), 437 ff.

18 Vgl. dazu *Sunstein*, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, 2014, S. 57 ff.; und die Diskussion bei *Saghai*, *Journ. of Medical Ethics* 2013, 487 ff., und in den nachfolgenden Kommentaren zu diesem Artikel.

19 Vgl. *Thaler/Sunstein*, (Fn. 14), S. 5 f. und passim. Dass hier nicht einfach von einem »liberalen« Paternalismus gesprochen wird, dürfte sich aus dem Sprachgebrauch der amerikanischen Diskussion erklären, in der der Begriff »liberal« eine sozialdemokratische Einfärbung besitzt.

- (3) Kein notwendiges Definitionsmerkmal ist schließlich der Umstand, dass Nudges – obgleich sie unter der Überschrift des (libertären) Paternalismus eingeführt worden sind – das Wohlergehen der beeinflussten Person zu fördern beabsichtigen.²⁰ Wie das Beispiel der Gegenüberstellung von Zustimmung- und Widerspruchslösung bei der Organspende zeigt, können Default-Einstellungen auch dazu verwendet werden, ein Allgemeininteresse zu fördern: Denn die Organspende liegt sicherlich nicht im unmittelbaren Interesse des jeweiligen Spenders.²¹ Ähnlich können Nudges andere Gemeinwohlziele – etwa des Umweltschutzes²² – zu befördern suchen. Derartige »Stupser« zugunsten der Interessen Dritter oder der Allgemeinheit werfen eigene Probleme auf: Auf der einen Seite können sie als problematischer angesehen werden, weil sie den Betroffenen nicht in seinem eigenen Interesse »manipulieren«, auf der anderen Seite entsteht dadurch aber nicht das klassische Problem des Paternalismus. Häufig mag es auch schwierig sein, zwischen den beiden Fallkonstellationen eindeutig zu unterscheiden, weil selbstschädigendes Verhalten auch die Interessen Dritter berühren kann.²³ Dies betrifft gerade auch das gesundheitsbezogene Verhalten, wenn seine Folgen in einem kollektiven Versorgungssystem aufgefangen werden.²⁴

II. Nudges als Regulierungsinstrument

Über die Einschätzung und Bewertung des Einsatzes von Nudges, die auf die soeben beschriebenen Entscheidungsdefizite aufsetzen, wird sowohl in der politischen Öffentlichkeit als auch in der Fachphilosophie äußerst kontrovers diskutiert. Während der libertäre Paternalismus auf der einen Seite emphatisch als Regulierungsinnovation begrüßt wird, werden auf der anderen Seite grundlegende Bedenken gegen seine Sinnhaftigkeit und Zulässigkeit erhoben.

Von seinen Erfindern wird der Nudging-Ansatz – wenig erstaunlich – als eine effektive und zugleich freiheitsverträgliche Form der Regulierung vorgestellt. Neben dem Umstand, dass Nudges die Wahlfreiheit nicht beschränken, wird insoweit auch darauf verwiesen, dass eine Beeinflussung des menschlichen Verhaltens durch die Entscheidungsumstände gar nicht vermeidbar sei. Nicht nur die Werbewirtschaft nutze die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik; auch der Zufall und die Natur beeinflussten

20 Vgl. dazu auch *Saghai*, *J Med Ethics* 39 (2013), 487, 488; *McCrudden/King*, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, 2016, S. 75, 101 f.

21 Dies betonen auch *Kelly*, in: Coons/Weber (Hrsg.), *Paternalism. Theory and Practice*, 2013, S. 216 ff.; *Hausman/Welch*, *The Journ. of Polit. Philos.* 2010, 123, 125; *Waldron*, *NY Rev. of Books* 2014, No. 15 v. 09.10.2014.

22 Zu praktischen Beispielen vgl. etwa *Thorun u.a.*, *Nudge-Ansätze beim nachhaltigen Konsum: Ermittlung und Entwicklung von Maßnahmen zum »Anstoßen« nachhaltiger Konsummuster*, 2017.

23 Zu dieser Problematik i.R.d. libertären Paternalismus vgl. etwa *Rebonato*, *Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, 2012, S. 232 ff.

24 Im Zusammenhang mit der Diabetes-Prävention vgl. dazu unten bei C.II.1.

unsere Entscheidungen: Egal, wie und durch wen die Speisen in der Cafeteria angeordnet werden – jede Anordnung habe Auswirkungen auf das Konsumentenverhalten. Dann sei es aber sinnvoll, die Anordnung so vorzunehmen, dass sie zu einer gesünderen Ernährung führe; jedenfalls sei eine Fundamentalopposition dagegen, dass menschliche Entscheidungen überhaupt gesteuert werden, sinnlos.²⁵

Die Politik hat sich des Nudging-Ansatzes jedenfalls interessiert angenommen: Nachdem es in den USA und in Großbritannien bereits vor einigen Jahren zur Gründung entsprechender Regulierungseinrichtungen (»Behavioural Insights Team«, »Nudge Unit«) gekommen war,²⁶ hat auch die deutsche Bundesregierung drei Stellen für Bewerber mit »hervorragenden psychologischen, soziologischen, anthropologischen, verhaltensökonomischen bzw. verhaltenswissenschaftlichen Kenntnissen« besetzt, die helfen sollen, durch den Einsatz von Nudges »effektiver zu regieren«.²⁷ Auch die deutsche Rechtswissenschaft hat das Instrument bereits – und durchaus zustimmend – diskutiert.²⁸ In der politischen Praxis gibt es bereits spektakuläre Fälle des Einsatzes von Nudges; dazu gehört insbesondere das zeitweilige Verbot des Verkaufs von zuckerhaltigen Limonaden in XXL-Größen (»Big Gulp«) in New York: Niemandem wurde verboten, so viel Cola zu trinken, wie er mochte, aber es wurde ihm etwas schwerer gemacht, große Mengen zu sich zu nehmen.²⁹ Tatsächlich ist es gut nachvollziehbar, dass Ansätze einer verhaltensökonomischen Steuerung für die Politik auf manchen Handlungsfeldern attraktiv sind. Insbesondere mit Blick auf das gesundheitsbezogene Verhalten haben sich traditionelle Aufklärungs- und Informationskampagnen als nicht sonderlich wirksam erwiesen, während strikte Ge- und Verbote hier aufgrund ihres weit in die Privatsphäre eingreifenden Charakters weithin abgelehnt werden und auch verfassungsrechtlich problematisch wären. Nudges versprechen hier nicht nur eine gleichzeitig effektive und schonende Regulierung, sondern eröffnen auch die Chance, soziale Schichten zu erreichen, die Informationen nicht wahrnehmen oder zumindest nicht handlungswirksam werden lassen.³⁰

25 Zu dieser Argumentation vgl. *Sunstein* (Fn. 18), S. 118 ff.

26 Zum Nudging in der Politik der Europäischen Union vgl. die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema »Für eine Berücksichtigung des Nudge-Konzepts in den politischen Maßnahmen der EU« (2017/C/075/05) und die Beiträge in *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, 2015; *Mathis/Tor* (Hrsg.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, 2016.

27 Zur Entwicklung der Nudging-Regulierung vgl. *Jones/Pykett/Whitehead*, *Changing Behaviours. On the Rise of the Psychological State*, 2013. Zu Entwicklungen in der Verbraucherpolitik vgl. *Reisch/Sandriani*, *Nudging in der Verbraucherpolitik*, 2015.

28 Vgl. dazu die Nachweise unter C. in Fn. 131.

29 Zur Diskussion vgl. etwa *Brownsword*, *Public Health Ethics* 2013, 235 ff.; *Rajcz*, *Public Health Ethics* 2013, 246 ff.; *Conly*, *Public Health Ethics* 2013, 241 ff.; *dies.*, *Three Cheers for the Nanny State*, *The New York Times* v. 25.03.2013, S. A23; *Gostin*, *Hastings Center Report* 43. No. 5, 2013, 19 ff.; *ders.*, *Hastings Center Report*, Jan-Febr 2018, 5, 6 f.

30 Obgleich die Problematik der sozialen Gesundheitsungleichheiten bei *Sunstein/Thaler* (Fn. 14), keine Rolle spielt; vgl. dazu *Ménard*, *Public Health Ethics* 2010, 229, 235. Zur Bedeutung der Schichtenspezifität des Gesundheitsverhaltens vgl. *Huster*, *Soziale Gesundheitsgerechtigkeit*, 2011, S. 55 ff.

Gleichzeitig gibt es in der Öffentlichkeit auch ein Unbehagen an einer Politik, die auf eine unmerkliche Steuerung zugunsten eines »klügeren« Entscheidungsverhaltens setzt. In der politischen und Rechtsphilosophie ist bereits aus unterschiedlichen Perspektiven versucht worden, dieses Unbehagen auf den Begriff zu bringen. Befürchtet wird zunächst, dass eine Politik des libertären Paternalismus letztlich unwirksam bleibe und lediglich dazu führe, dass die traditionellen Regulierungsinstrumente der Politik geschwächt werden oder gar aus dem Blick geraten. In dieser Perspektive ist Nudging das Instrument einer neoliberalen Politik, die die Hoffnung auf die Durchsetzbarkeit »harter« und effektiver Regulierung bereits aufgegeben und den demokratisch urteilsfähigen Bürger durch den lenkungsbedürftigen Konsumenten ersetzt hat.³¹ Diese regulierungspolitischen Einwände sind durchaus ernst zu nehmen. Sie sollen hier aber nicht näher diskutiert werden, weil sie sich nicht in spezifischer Weise gegen das bevorzuhende Element einer derartigen Politik richten. Im Gegenteil: Die Argumentation tritt hier gelegentlich sogar für einen »härteren« Paternalismus ein und thematisiert die Vor- und Nachteile des Nudging gerade für die Konstellationen, in denen es (auch) um die Interessen Dritter geht.³²

Nudges setzen an Verhaltensmustern und Entscheidungsdefiziten an, die typisch, aber natürlich nicht bei allen Menschen in jeder Situation in der gleichen Weise ausgeprägt sind. Dies hat dem Nudging-Ansatz ferner den Vorwurf eingebracht, zu undifferenziert vorzugehen (»One Size Does not Fit All«) und dadurch zu einer problematischen Umverteilung von den reflektierten zu den impulsiven Entscheidern zu führen.³³ Auch dieses Argument mag an sich berechtigt sein, führt aber schwerlich zum Kern des Problems und zu einem durchschlagenden Einwand. Dies liegt nicht nur daran, dass die Kosten des Nudging für diejenigen, die nicht davon profitieren, äußerst gering sind. Man wird auch fragen müssen, ob jedenfalls auf der Ebene des Rechts überhaupt Regulierungen denkbar sind, die in ihrer notwendigen Allgemeinheit nicht immer Einzelfälle kennen, die eigentlich vom Regelungszweck her nicht »passen«. Insofern trifft der gegen den – selbstverständlich typisierenden und schematisierenden – Einsatz von Nudges erhobene Vorwurf im Grunde jede Art der allgemeinen Regulierung.³⁴

31 In diesem Sinne etwa *King*, *Why not Nudge?*, VerfBlog, 2015/1/05, <http://www.verfassungsblog.de/not-nudge/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020). Vgl. auch *McCrudden/King*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner* (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, 2016, S. 75, 128 ff.; *Frerichs*, *J Consum Policy* 2011, 289 ff.; *Ubel/Rosenthal*, *N Engl J Med* 2019, No. 380, 309 ff. Auch die Analyse von *Lepenies/Malecka*, *Zeitschr. f. Prakt. Philos.* 3 (2016), 487 ff., geht in diese Richtung, trifft sich aber vielfach mit dem unten (vgl. bei IV.) diskutierten Einwand des manipulativen Charakters von Nudges.

32 Vgl. *King* (Fn. 31).

33 Zu diesem Einwand vgl. etwa *Mitchell*, *Northwestern Univ. LR* 2005, 1245, 1269 ff.; *Coons/Weber*, in: dies. (Hrsg.), *Paternalism. Theory and Practice*, 2013, S. 1, 18. Vgl. auch die Diskussion bei *Sunstein* (Fn. 18), S. 96 ff.

34 Vgl. dazu nur *Huster*, in: *FS f. Wank*, 2014, S. 193 ff. m.w.N.

III. Das Problem des Paternalismus

1. Der Paternalismus-Einwand

Die bisher erörterte Kritik des libertären Paternalismus hat regulierungspolitische Aspekte sowie seine mangelnde Zielgenauigkeit angesprochen. Daneben ist aber noch eine weitere Intuition verbreitet, die fragt, ob eine Nudging-Politik nicht grundsätzlich verfehlt ist, weil Staat und Recht hier plötzlich in eine ganz andere Rolle geraten, wenn sie die Bürger zu »klügeren« oder »besseren« Entscheidungen zu führen versuchen. In der öffentlichen Diskussion äußert sich diese Kritik in dem – so oder ähnlich formulierten – Vorbehalt, die individuelle Lebensführung gehe den Staat nichts an und eine Politik, die den Schutz der Bürger vor den Folgen ihrer eigenen Entscheidungen bezwecke, gerate auf den Abweg zu einem paternalistischen Bevormundungsstaat.³⁵ Dieser Einwand fokussiert nicht auf die Mittel, sondern auf Ziel und Zweck eines libertären Paternalismus. Er ist daher auch nicht ausschließlich auf das Instrument des Nudging bezogen, sondern thematisiert in fundamentaler Weise die Legitimationsgrundlagen einer libertärpaternalistischen Politik. Tatsächlich liegt hier, wie im Folgenden gezeigt werden soll, ein heikler Punkt des libertären Paternalismus.

Dass die individuelle Selbstbestimmung Grund und Grenze der politischen Ordnung ist, ist eine Prämisse, die in unserer politischen Kultur tief verankert ist.³⁶ So spricht etwa das Bundesverfassungsgericht von einem »Menschenbild (des Grundgesetzes), das von der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung geprägt ist.«³⁷ Auch die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG wird – was immer sie sonst noch bedeuten mag – maßgeblich durch den Gedanken der Selbstbestimmung oder Autonomie konkretisiert.³⁸ Daraus folgt – unter anderem –, dass die öffentliche Gewalt regulierend eingreifen darf, soweit die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit betroffen sind; eine darüber hinausgehende Bewertungskompetenz, die es ihr erlauben würde, die Bürger vor sich selbst zu schützen,³⁹ besitzt sie aber nach verbreiteter Ansicht nicht. Der Staat ist zur Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Lebensformen und -entscheidungen verpflichtet;⁴⁰ eine perfektionistische oder paternalistische Politik ist ihm daher grundsätzlich versagt: Wie er sein Leben gestalten und welchen Stellenwert

35 Aus der Tagespresse mit dieser Tendenz etwa *Horn*, »Sklavenhalter der Zukunft«, FAZ v. 11.03.2013.

36 Davon zu unterscheiden – wenn natürlich auch nicht strikt zu trennen – ist die generelle und unüberschaubare philosophische Diskussion über individuelle Selbstbestimmung und personale Autonomie. Erwähnt seien dazu nur zwei einschlägige Sammelbände: *Christman* (Hrsg.), *The Inner Citadel. Essays on Individual Autonomy*, 1989; *ders./Anderson* (Hrsg.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism. New Essays*, 2005.

37 BVerfGE 108, 282, 300, im Anschluss an BVerfGE 41, 29, 50.

38 Vgl. etwa BVerfGE 49, 286, 298: »Art. 1 Abs. 1 GG schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewußt wird. Hierzu gehört, daß der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.«

39 Vgl. dazu nur *Hillgruber*, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 1992.

40 Vgl. *Huster*, *Die ethische Neutralität des Staates*, 2. Aufl. 2017.

er dabei der Vermeidung von Gesundheitsrisiken beimessen will, ist Sache der Selbstbestimmung jedes Einzelnen. Diese liberale Sichtweise hat einen wirkungsmächtigen Ausdruck in *John Stuart Mills* Schädigungsprinzip gefunden:

»Dass der einzige Zweck, um dessentwillen man Zwang gegen den Willen eines Mitglieds einer zivilisierten Gemeinschaft rechtmäßig ausüben darf, der ist: die Schädigung anderer zu verhüten. Das eigene Wohl, sei es das physische oder das moralische, ist keine genügende Rechtfertigung. Man kann einen Menschen nicht rechtmäßig zwingen, etwas zu tun oder zu lassen, weil dies besser für ihn wäre, weil es ihn glücklicher machen, weil er nach Meinung anderer klug oder sogar richtig handeln würde.«⁴¹

Ganz entsprechend heißt es in der neueren Verfassungsrechtsprechung:

»Die Freiheitsgrundrechte schließen das Recht ein, von der Freiheit einen Gebrauch zu machen, der – jedenfalls in den Augen Dritter – den wohlverstandenen Interessen des Grundrechtsträgers zuwiderläuft.«⁴²

Dieses Verbot des Paternalismus beruht allerdings auf einer Voraussetzung, die der libertäre Paternalismus gerade bestreitet: dass die Entscheidungen der Bürger, wie sie ihr Leben führen wollen, auf einer Willensbildung und -betätigung beruhen, die gewissen Rationalitätskriterien genügen. Entscheidungen, die auf Unreife, geistige Verwirrtheit, Irrtümer und Täuschungen zurückgehen, sind – zumindest auf den ersten Blick – weder schutzwürdig noch schutzbedürftig, weil sie das »eigentliche« Wollen gar nicht zum Ausdruck bringen.⁴³ Selbst hartgesottene Liberale wie *John Stuart Mill* waren in diesen Fällen selbstverständlich bereit, dem Einzelnen in den Arm zu fallen: Jemanden daran zu hindern, eine Brücke zu betreten, die gleich zusammenbrechen wird, ist kein – jedenfalls kein problematischer – Fall des Paternalismus, wenn der Betroffene die Bauqualität der Brücke gar nicht kennt: »Denn Freiheit besteht darin, zu tun, was man will, und der Betreffende will ja nicht ins Wasser fallen.«⁴⁴ Erst wenn er die relevanten Informationen erlangt hat, kann er autonom entscheiden, ob er das Risiko auf sich nimmt.⁴⁵

2. Der eudaimonistische Hintergrund des libertären Paternalismus

Die Grundformel des libertären Paternalismus lautet tatsächlich, dass Nudges den Zweck verfolgen, »to influence choices in a way that will make choosers better off«,

41 *Mill*, Über die Freiheit (On Liberty, orig. 1859), hrsg. v. Manfred Schlenke, 1976, S. 16.

42 BVerfGE 128, 282, 304.

43 Dementsprechend akzeptiert die Verfassungsrechtsprechung auch paternalistische Eingriffe gegenüber psychisch Kranken (vgl. BVerfGE 58, 208, 225: »Bei psychischer Erkrankung wird die Fähigkeit zur Selbstbestimmung häufig erheblich beeinträchtigt sein. In solchen Fällen ist dem Staat fürsorgliches Eingreifen auch dort erlaubt, wo beim Gesunden Halt geboten ist.«) und Heranwachsenden (vgl. BVerfG, NJW 2012, S. 1062 ff., zum Verbot des Besuchs von Sonnenstudios).

44 *Mill* (Fn. 41), S. 132.

45 In der Medizin beruht ersichtlich das Konzept des »Informed Consent« auf diesem Gedanken; vgl. dazu nur *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 6. Aufl. 2009, S. 117 ff.; ferner etwa *Advena-Regnery*, in: Ach (Hrsg.), Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin, 2013, S. 29 ff.

»to influence people's behavior in order to make their lives longer, healthier, and better« oder »to steer people's choices in directions that will improve their lives«. ⁴⁶ Schaut man nun auf die einschlägigen Beispiele, so geht es insbesondere darum, dass Menschen sich gesünder verhalten, mehr für das Alter sparen oder rationalere Konsumententscheidungen treffen sollen. Das Ziel des Nudging ist in dieser Formulierung also zunächst materieller Natur: Es geht um ein besseres, gelungeneres oder glücklicheres Leben des Einzelnen.

Dass Staat und Politik dieses Ziel anstreben, ist zunächst dem bekannten Einwand von *John Stuart Mill* ausgesetzt, dass der Einzelne besser als jeder andere – zumal der Staat – wisse, was für ihn das gute Leben oder sein Glück ausmache, und derartige paternalistische Ambitionen daher unzulässig seien. ⁴⁷ Aber die Verfechter einer Nudging-Politik haben schnell bemerkt, dass dieses epistemische Argument auf einer empirischen Prämisse beruht, die nach ihrer Ansicht durch die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik widerlegt ist: dass Menschen wissen, was ihnen gut tut. Vielmehr sehen wir, dass und warum Menschen oft Entscheidungen treffen, die – zumindest auf den ersten Blick – für ihr Leben nicht gut sind. Es ist dann nicht ausgeschlossen, dass diese Einsichten von benevolenten und klugen Entscheidungsarchitekten zum Wohle der Betroffenen eingesetzt werden können. ⁴⁸

Aber es gibt gegen den staatlichen Versuch, »to move people in directions that will make their lives better«, einen sehr viel grundsätzlicheren Einwand: Der Staat hat nicht die Kompetenz, das Wohl oder Glück der Bürger inhaltlich zu bestimmen, sondern muss es ihnen selbst überlassen zu entscheiden, was ihr Leben besser macht. Diese Zurückhaltung oder Neutralität ist geradezu ein Wesenszug des modernen Staates, der für die – auch materiellen – Freiheitsvoraussetzungen Verantwortung trägt, aber nicht für die Freiheitinhalte. In diesem Sinne sind freiheitliche politische Ordnungen immer auf die Freiheit und nicht auf das Wohl oder Glück der Bürger ausgerichtet. *Kant* hat diesen anti-eudaimonistischen Charakter freiheitlicher Ordnungen im Unterschied zu dem Paternalismus der absolutistischen Fürstenstaaten wirkungsmächtig auf den Begriff gebracht:

»Niemand kann mich zwingen, auf seine Art (wie er sich das Wohlsein anderer Menschen denkt) glücklich zu sein, sondern ein jeder darf seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen, welcher ihm selbst gut dünkt, wenn er nur der Freiheit anderer, einem ähnlichen Zwecke nachzustreben, die mit der Freiheit von jedermann nach einem möglichen allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, (d.i. diesem Rechte des andern) nicht Abbruch tut. – Eine Regierung, die auf dem Prinzip des Wohlwollens gegen das Volk als eines *Vaters* gegen seine Kinder errichtet wäre, d.i. eine *väterliche Regierung* (*imperium paternale*), wo also die Untertanen als unmündige Kinder, die nicht unterscheiden können, was ihnen wahrhaftig nützlich oder schädlich ist, sich bloß passiv zu verhalten genötigt sind, um, wie sie glücklich sein *sollen*, bloß von dem Urteile des Staatsoberhaupts, und, daß dieser es auch wolle, bloß

46 *Thaler/Sunstein* (Fn. 14), S. 5.

47 Vgl. *Mill* (Fn. 41), S. 103 ff.

48 Dass staatliche Entscheidungsarchitekten auch nicht gegen Irrtümer gefeit sind, darf dabei natürlich nicht übersehen werden; vgl. dazu etwa *Glaeser*, *The Univ. of Chicago Law Review* 2006, 133 ff.; *Schlag*, *Michigan Law Review* 2010, 913, 917 f.; *Rebonato* (Fn. 23), S. 221 ff.; *Waldron*, *NY Rev. of Books* 2014, No. 15 v. 09.10.2014; und die Diskussion bei *Sunstein* (Fn. 18), S. 100 ff.

von seiner Gültigkeit zu erwarten: ist der größte denkbare *Despotismus* (Verfassung, die alle Freiheit der Untertanen, die alsdann gar keine Rechte haben, aufhebt).⁴⁹

Diese Dimension der Paternalismus-Diskussion gerät nur in den Blick, wenn man nicht allgemein moralphilosophisch argumentiert, sondern in sehr viel spezifischerer Weise mit der politischen Philosophie über die Aufgaben und Grenzen der öffentlichen Gewalt nachdenkt.⁵⁰ Insoweit ist es auch zweifelhaft, ob man aus dem Umstand, dass allenthalben Einfluss auf menschliche Entscheidungen genommen wird, kurzerhand schließen kann, dass dann auch – in bester Absicht – der Staat dazu berechtigt sei.⁵¹ Aus Sicht der politischen Philosophie macht es nämlich einen erheblichen Unterschied, ob Eltern, Freunde, Werbeagenturen, die Natur und der Zufall »nudge« – oder der Staat, der besonderen Beschränkungen und Rechtsbindungen unterliegt.⁵²

Auch die Vertreter des libertären Paternalismus können sich dem kantischen Einwand nicht entziehen und verfolgen zwei Strategien, um ihm zu begegnen. Zum einen ist versucht worden, eine *Unterscheidung von Mitteln und Zielen* des individuellen Wohlergehens aufzumachen: Das Nudging betreffe nur die Mittel, die die Einzelnen – fälschlicherweise – als geeignet zur Erreichung ihres Wohlergehens ansehen; was das Ziel ist, was das Wohlergehen also inhaltlich ausmacht, bleibe dagegen offen. Es handle sich daher nur um einen »means paternalism«, nicht um einen »ends paternalism«.⁵³ Nun ist es aus der handlungstheoretischen Debatte bekannt, dass die Unterscheidung von Mitteln und Zielen bzw. Zwecken notorisch instabil ist: Was aus der einen Perspektive schon ein Zweck ist, ist unter einer anderen Beschreibung noch ein Mittel.⁵⁴ Auch mit Blick auf das Nudging ist – wie seine Vertreter selbst einräumen müssen⁵⁵ – die Unterscheidung in vielen Fällen reichlich unscharf. Nehmen wir das Cafeteria-Beispiel: Ist die Auswahl des Essens Mittel oder Zweck? Soweit man sich möglichst gesund ernähren will, ist es eher ein Mittel; und hier wäre der Schokoriegel die falsche Wahl. Geht es dagegen um den Genuss beim Essen selbst, kann man die Wahl auch als Mittel betrachten, das dann aber mit dem Zweck zusammenfällt: Der Schokoriegel wird gewählt, weil der Betroffene ihn gern isst; weitere Zwecke werden damit nicht verfolgt.⁵⁶ Es ist daher nicht sehr

49 *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: ders., Werke. Hrsg. v. Wilhelm Weischedel, 1983, Bd. 9, S. 125, 145 f. Zum historischen Hintergrund vgl. *Engelhardt*, Zeitschr. f. histor. Forschung 1981, 37 ff.

50 Dass dies häufig nicht geschieht, ist ein generelles Manko der Public Health-Ethik; vgl. dazu auch *Coggon*, Northern Ireland Legal Quarterly 62 (2011), 599, 601 ff.

51 Wie die Nudging-Apologeten annehmen; vgl. oben bei Fn. 25.

52 So zu Recht auch *Beul*, KritV 2019, 39, 52. Vgl. auch *Lepenies/Malecka*, Zeitschr. f. Prakt. Philos. 3 (2016), 487, 499.

53 Vgl. *Sunstein* (Fn. 18), S. 61 ff. Die Unterscheidung wird in der Paternalismus-Diskussion auch oft als die Differenz von »weak« und »strong paternalism« bezeichnet.

54 Vgl. *Luhmann*, Zweckbegriff und Systemrationalität, 1973.

55 Vgl. *Sunstein* (Fn. 18), S. 63 ff. Zur Diskussion vgl. auch *Drerup/Dessauer*, Zeitschr. f. Prakt. Philos. 3 (2016), 347, 367 ff.

56 Zu derartigen begrifflichen Unklarheiten, die man sich mit der Zweck-Mittel-Terminologie einhandelt, vgl. *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 147 ff.

wahrscheinlich, dass sich über diese Unterscheidung die These verteidigen lässt, dass der libertäre Paternalismus keine substantiellen Entscheidungen über das Wohlergehen von Personen treffen muss.

Zum anderen liegt das Argument auf der Hand, dass die Betroffenen selbst sich so verhalten hätten, wie es das Nudging vorsieht, wenn sie vollständig – insbesondere auch über die Rahmenbedingungen ihrer Entscheidungsfindung – informiert gewesen wären. Es gehe also darum, »to influence choices in a way that will make choosers better off, as judged by themselves«. ⁵⁷ Der libertäre Paternalismus würde die Menschen dann nur zu den Entscheidungen führen, die sie ohnehin »eigentlich« treffen wollen; der Entscheidungsarchitekt wäre wie der Warner in *Mills* Brücken-Beispiel nur jemand, der wirklich freie Entscheidungen erst ermöglicht. Ihm ginge es dann nicht um eine möglichst vernünftige, sondern um eine möglichst autonome Entscheidung; nicht das Wohlergehen, sondern die autonome Bildung und Verwirklichung der Wünsche des Adressaten wäre sein Ziel.

Allerdings gibt es mancherlei Anzeichen dafür, dass die »as judged by themselves«-Klausel bei den Vertretern des libertären Paternalismus nicht mehr als ein rhetorisches Zugeständnis an die in unserer politischen Kultur tief verankerte Hochschätzung der Autonomie und der Zurückhaltungspflichten der öffentlichen Gewalt ist. ⁵⁸ Zunächst müsste die Politik des libertären Paternalismus ganz anders ausgerichtet sein, wenn es um die Förderung autonomer Entscheidungen ginge. Vorrangig wäre dann nicht das »Stupsen« in eine bestimmte Richtung, sondern die Aufklärung der Bürger über die unbewussten Einflüsse, denen sie ausgesetzt sind, damit sie selbst entscheiden können, wie sie sich zu diesen Einflüssen verhalten. ⁵⁹ Auch müsste es ein zentrales Ziel sein, die gezielte Ausnutzung von Entscheidungsdefiziten durch Dritte – insbesondere aus kommerziellen Motiven – zu verhindern. Beides spielt aber in den Ausführungen der libertären Paternalisten keine besondere Rolle. ⁶⁰ Das ist schwerlich allein dadurch zu erklären, dass es tatsächlich und rechtlich schwierig ist, immer die notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen und die strategischen Einflussnahmen Dritter – etwa bestimmte Formen von Werbung und Produktgestaltung – zu verhindern.

Ferner findet sich nichts dazu, woher wir wissen, dass die Menschen – alle Menschen oder mindestens eine deutliche Mehrheit ⁶¹ – die den vorgeschlagenen Nudges zugrundeliegenden Wertungen überhaupt teilen. ⁶² Man muss nun schon sehr exzentrische Präferenzen haben, um ohne Not eine Brücke überqueren zu wollen, die beim Betreten mit

57 *Thaler/Sunstein* (Fn. 14), S. 5 (Hervorhebung im Original).

58 Ähnlich auch *Drerup/Dessauer*, *Zeitschr. f. Prakt. Philos.* 3 (2016), 347, 372.

59 Diesen Einwand erhebt auch *Mitchell*, *Northwestern Univ. LR* 2005, 1245, 1255 ff. Vgl. auch *White*, *The Manipulation of Choice and Libertarian Paternalism*, 2013, S. 137 ff.

60 In diesen Punkten trifft sich der Einwand mit der regulierungspolitischen Kritik (vgl. oben bei Fn. 31).

61 Zum – legitimerweise – typisierenden Charakter von Nudges vgl. oben bei Fn. 34.

62 Zu diesem Punkt vgl. auch *White* (Fn. 59), S. 61 ff.; *Kloschinski/Wündisch*, *Zeitschr. f. Prakt. Philos.* 3 (2016), 599, 625; *Schramme*, *Zeitschr. f. Prakt. Philos.* 3 (2016), 531, 544 ff.

hoher Wahrscheinlichkeit zusammenbrechen wird, aber in anderen Fällen ist das nicht so klar. Sind die Menschen denn wirklich willens und bereit, zugunsten ihrer Gesundheit in der Cafeteria regelmäßig zu den gesünderen Mahlzeiten zu greifen? Wollen sie nicht häufig auch ein gewisses Gesundheitsrisiko (mehr ist es ja nicht) dafür akzeptieren, dass ihnen das Essen richtig schmeckt? Müsste man nicht zumindest einmal eine Umfrage präsentieren, dass sie später ihre früheren Ernährungsgewohnheiten wirklich bereuen und sich nachträglich wünschen, sie wären durch einen Nudge zu einer gesünderen Ernährung veranlasst worden? All diese Fragen werden aber in den Schriften der Vertreter des libertären Paternalismus nicht diskutiert; stattdessen wird einfach unterstellt, dass etwa Gesundheit überragend wichtig sei und es deshalb auf der Hand liege, dass ein gesundheitsbewussteres Verhalten die Menschen »better off« mache. Das überzeugt schon deshalb nicht, weil sich viele andere Fälle denken lassen, in denen wir plausiblerweise gesundheitliche Risiken eingehen, um andere Interessen zu verwirklichen.⁶³ Man dürfte sonst kaum mehr die Straße überqueren, von Reisen in ferne Länder ganz zu schweigen: Jeder Epidemiologe wird bestätigen, dass der Besuch mancher asiatischer oder afrikanischer Länder schon wegen der Gefahr der Ansteckung mit Krankheiten ein signifikantes Gesundheitsrisiko darstellt, und es gibt nicht wenige Menschen, die deshalb darauf verzichten. Aber liegt es auf der Hand, dass das vernünftiger ist und im »eigentlichen« Interesse jedes Einzelnen liegt, so dass der Staat sich auch dann, wenn er niemandem das Reisen verbietet, darüber ein Urteil anmaßen dürfte?⁶⁴

Schließlich und vor allem zeigen die Ausführungen der Vertreter des libertären Paternalismus zum Verhältnis von Autonomie und Wohlergehen, dass die »as judged by themselves«-Klausel ein Lippenbekenntnis ist. blieb dieses Verhältnis zunächst noch ungeklärt, haben seine Vertreter inzwischen ausführlicher dazu Stellung genommen. So hat insbesondere *Sunstein* in einer neueren Publikation klargemacht, dass es letztlich immer um Wohlergehen (»Welfare«) gehe: Autonomie habe nur eine instrumentelle Bedeutung in dem Sinne, dass wir typischerweise am besten fahren, wenn wir selbst entscheiden – *Mills* epistemisches Argument⁶⁵ –, aber das sei nur eine widerlegbare intuitive heuristische Annahme: »On this view, it is much better, and much less crude, to focus directly

63 Dass das Programm des libertären Paternalismus langfristige und auf Gesundheit bezogene Präferenzen privilegiert, obwohl es dafür nicht immer gute Gründe gibt, betont auch *Schnellenbach*, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 2012, 445, 450 ff.

64 Das Bundesverfassungsgericht hält einen derartigen »fürsorgerischen Paternalismus« jedenfalls für unzulässig; vgl. BVerfGE 128, 282, 308: »Soweit unter dieser Voraussetzung ausnahmsweise eine Befugnis des Staates, den Einzelnen »vor sich selbst in Schutz zu nehmen« (...), anzuerkennen ist, eröffnet dies keine »Vernunftthoheit« staatlicher Organe über den Grundrechtsträger dergestalt, dass dessen Wille allein deshalb beiseitegesetzt werden dürfte, weil er von durchschnittlichen Präferenzen abweicht oder aus der Außensicht unvernünftig erscheint. Auf eine eingriffslegitimierende Unfähigkeit zu freier Selbstbestimmung darf daher nicht schon daraus geschlossen werden, dass der Betroffene eine aus ärztlicher Sicht erforderliche Behandlung, deren Risiken und Nebenwirkungen nach vorherrschendem Empfinden im Hinblick auf den erwartbaren Nutzen hinzunehmen sind, nicht dulden will. Erforderlich ist eine krankheitsbedingte Einsichtslosigkeit oder Unfähigkeit zu einsichtsgemäßigem Verhalten.«

65 Vgl. oben bei Fn. 47.

on welfare. And on this view, autonomy disintegrates as an independent argument (...). The real question involves welfare.«⁶⁶

Diese Formulierungen zeigen deutlich, dass es den libertären Paternalisten nicht um ein möglichst selbstbestimmtes, sondern um ein möglichst glückliches Leben geht.⁶⁷ Der libertäre Paternalismus mag weithin freiheitskompatibel sein, er ist aber nicht freiheitsmotiviert. Im Gegenteil: Wenn die freien Entscheidungen schädlich für Gesundheit, Wohlstand oder andere für wertvoll erachtete Güter sind, können sie auch ignoriert werden. Damit handelt sich der libertäre Paternalismus aber zwei Probleme ein, die letztlich auch der tiefere Grund für die Beunruhigung sein dürften, die viele Beobachter angesichts der Nudging-Euphorie empfinden: Wie soll nun bestimmt werden, was »Welfare« ist? Und welchen Stellenwert haben Freiheit oder Autonomie noch in diesem Modell?

Wenn die libertären Paternalisten der Autonomie letztlich nur eine instrumentelle Funktion für die Verwirklichung von individuellem Wohlergehen oder einem guten und geglückten Leben – oder was an dieser Stelle auch immer mit »Welfare« gemeint sein mag – zuschreiben, so können sie nicht einfach auf den – wenn auch »wirklichen« – Willen der Menschen verweisen, sondern müssen »Welfare« unabhängig davon und in diesem Sinne objektiv bestimmen. Trotz aller Liberalität teilen sie damit das grundsätzliche Problem jeder paternalistischen Position: Der Paternalismus ist gerade in Misskredit geraten, weil es zu den prägenden Erfahrungen moderner pluralistischer und individualistischer Gesellschaften gehört, dass wir uns – jenseits der Notwendigkeit gewisser Grundgüter, die für alle Lebensformen wichtig sind und die aber gerade deshalb keine konkreteren Aussagen über das gute Leben zulassen – über die Bestimmung dessen, was individuelles Wohlergehen ausmacht, permanent uneinig sind. Jede perfektionistische Politik, die auf einem partikularen Ideal des gelungenen Lebens beruht, ist daher dem durchgreifenden Einwand ausgesetzt, dass sich die öffentliche Gewalt damit Wertentscheidungen und Überzeugungen zu eigen machen müsste, die nicht allgemein geteilt werden, und daher in unfairer Weise Partei ergreifen würde.⁶⁸

Wie geht der libertäre Paternalismus mit diesem Problem um? Eine eindeutige Auskunft ist nicht leicht zu finden, aber wenn der Eindruck nicht täuscht, spielt hier folgender Zusammenhang eine zentrale Rolle: Es gehört zu den zentralen Annahmen der Verhaltensökonomik, auf deren Erkenntnissen der libertäre Paternalismus beruht, dass das

66 Sunstein (Fn. 18), S. 134. Diese Erklärung der Hochschätzung von Autonomie greift auf dieselben psychologischen Theorien zurück (namentlich die Unterscheidung eines intuitiven und eines reflektierenden Entscheidungssystems bei *Kahnemann* [Fn. 13]), die bereits die menschlichen Entscheidungsdefizite erklärt (vgl. oben bei II.3.b).

67 Daneben gerät dieser Ansatz auch noch an einer weiteren Stelle in Konsistenzprobleme: Wenn man die Abhängigkeit unserer Entscheidungen und Präferenzen von den Rand- und Rahmenbedingungen betont – Stichwort der adaptiven Präferenzbildung (vgl. dazu nur *Elster*, Subversion der Rationalität, 1987, S. 106 ff. und 211 ff.) –, bleibt unklar, ob es einen »eigentlichen Willen«, der durch die »Cognitive Biases« nur verschüttet ist und auf den sich die paternalistischen Instrumente beziehen können, überhaupt gibt; vgl. dazu *Coons/Weber*, in: dies. (Hrsg.), *Paternalism. Theory and Practice*, 2013, S. 1, 16 f.; *Mitchell*, *Northwestern Univ. LR* 2005, 1245, 1252.

68 Vgl. nochmals *Huster* (Fn. 40).

menschliche Entscheidungsverhalten von den Modellannahmen eines rationalen und nutzenmaximierenden »Homo Oeconomicus« abweicht. Insofern ist es dann naheliegend, das defizitkompensierende Nudging wiederum auf dieses Modell eines nutzenmaximierenden Entscheidungskalküls zurück zu beziehen. In diesem Sinne ist der libertäre Paternalismus nicht perfektionistisch, sondern utilitaristisch geprägt.⁶⁹

Dies beantwortet allerdings immer noch nicht die Frage, wie denn nun dieser »Nutzen«, den es zu maximieren gilt, bestimmt werden soll – allein um die Erfüllung der individuellen Präferenzen kann es jedenfalls nicht gehen, weil diese ja gerade als weithin defizitär entlarvt worden sind und man den »Revealed Preferences« daher nicht trauen kann. Soweit dann nicht einfach auf Alltagsüberzeugungen zurückgegriffen wird, die als evident unterstellt werden (»Gesundheit ist wichtig« oder »Man sollte auch an die Vorsorge für das Alter denken«), deutet es sich an, dass der libertäre Paternalismus auf die Erkenntnisse der Glücksforschung zurückgreifen will,⁷⁰ die – in engem sachlichen und personellen Zusammenhang mit der Verhaltensökonomik – in den letzten Jahren einen enormen Aufstieg erlebt hat.⁷¹ Dies eröffnet dann grundsätzlich die Möglichkeit, das individuelle Wohlergehen auf eine zunächst ganz unverdächtige, nicht von umstrittenen philosophischen Theorien und weltanschaulichen Überzeugungen abhängige Weise zu bestimmen: nämlich durch Befragungen, für die die Glücksforschung ein differenziertes methodisches Instrumentarium zur Verfügung stellt. Was der »Welfare« von Individuen und Gesellschaften förderlich ist, lässt sich aus dieser Perspektive also einfach empirisch feststellen.

Nun ist es im Einzelnen alles sehr viel komplizierter, weil man etwa fragen kann, was hier eigentlich genau ermittelt wird und ob es zwischen den unterschiedlichen er-

69 Ähnlich *Heinig*, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, 2016, S. 219, 226. Daraus ergibt sich noch nicht notwendigerweise ein aggregationistisches Vorgehen, wie es den Utilitarismus auszeichnet – obwohl es angesichts des typisierenden Charakters von Nudges auch nicht fernliegt, dass die libertären Paternalisten Nutzengewinne hier einfach addieren wollen. Grds. zu den Schwierigkeiten konsequentialistischer Theorien, den Paternalismus zu begrenzen, vgl. *Gutmann*, in: Kühler/Nosseck (Hrsg.), *Paternalismus und Konsequentialismus*, 2014, S. 27 ff.

70 Dieser Zusammenhang wird auch hergestellt bei *Saint-Paul*, *The Tyranny of Utility. Behavioral Science and the Rise of Paternalism*, 2011, S. 51 ff. und passim. Vgl. auch etwa *Blumenthal-Barby*, in: Coons/Weber (Hrsg.), *Paternalism. Theory and Practice*, 2013, S. 178, 196: »(...) judgements about what is ›make people better off‹ should be based on data about satisfaction and happiness levels across various outcomes and not simply on intuition.« Den Zusammenhang mit der Glücksforschung spricht auch *Schnellenbach*, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 2012, 445, 456, an.

71 Vgl. nur die Beiträge in *David* u.a. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Happiness*, 2013; zu einem Überblick aus philosophischer Perspektive vgl. *Bayertz*, *ZfphF* 2010, 410 ff., 560 ff. Interessante Anmerkungen zu Entwicklung und Grenzen dieser Disziplin bei *Stichweh*, *Merkur*, 67. Jg., Heft 772 (September 2013), S. 807 ff. Die Bedeutung der Glücksforschung für Recht und Politik, die zum Teil energisch behauptet wird (vgl. *Bok*, *The Politics of Happiness*, 2010; *Diener* u.a., *Well-Being for Public Policy*, 2009; *Layard*, *Die glückliche Gesellschaft*, 2. Aufl. 2009), wäre eine eigene Betrachtung wert; vgl. dazu bereits etwa *Bayertz/Gutmann*, *Ratio juris* 2012, 236 ff.; *van der Rijt*, *Economics and Philosophy* 2013, 381 ff.; und die Beiträge bei *Posner/Sunstein* (Hrsg.), *Law and Happiness*, 2010.

hobenen »Glückszuständen« nicht prinzipielle Unterschiede gibt.⁷² Unwillkürlich denkt man daran, dass selbst ein Utilitarist wie *Mill* dafür ein Gespür hatte: »Es ist besser, ein unzufriedener Mensch zu sein als ein zufriedenes Schwein; besser ein unzufriedener Sokrates als ein zufriedener Narr.«⁷³ – eine Wertung, die insbesondere von den hedonistisch gesonnenen Glücksforschern nicht nachvollzogen werden kann.

Hier soll es aber um eine andere Frage gehen, nämlich nach dem Stellenwert, der der Autonomie bei dieser Herangehensweise noch verbleibt. Die Antwort liegt auf der Hand: Sie ergibt sich aus dem Beitrag, den die Autonomie zur Herstellung des – von der Glücksforschung ermittelten – Wohlergehens leistet.⁷⁴ Dabei mag sie durchaus einen gewissen Eigenwert in dem Sinne besitzen, dass es für die meisten Menschen zu ihrem Wohlergehen gehört, selbst über ihre Lebensführung entscheiden zu können; in der glücksutilitaristischen Kalkulation werden die Kosten der Enttäuschung dieser Erwartung als eine gewisse »Frustration« eingerechnet. Wenn diese Entscheidungen aber defizitär sind und Schaden anrichten, muss die Autonomie im Wege einer Abwägung hinter andere Güter zurücktreten. Es gibt hier jedenfalls keinen prinzipiellen Grund mehr, der Autonomie einen besonderen Stellenwert zuzuschreiben; alles hängt von ihrem Beitrag zum Lebensglück ab, der empirisch erforscht werden kann.⁷⁵

Dann wird aber in sehr grundsätzlicher Weise unklar, warum nur ein libertärer, freiheitskompatibler Paternalismus gerechtfertigt werden kann. Seine eigenen Prämissen bieten jedenfalls keinen Schutz vor einer sehr viel weitergehenden Beschränkung individueller Freiheit, wenn das denn zum individuellen Wohlergehen beiträgt. Und tatsächlich finden sich bei Autoren, die ebenfalls von den Erkenntnissen über die Schwächen menschlichen Entscheidungsverhaltens ausgehen, bereits vielfach Positionen, die äußerst autonomiekritisch sind und einen sehr viel »härteren« Paternalismus befürworten. Einen vielbeachteten grundsätzlichen philosophischen Ausdruck hat diese Tendenz nun in *Sarah Conly*s Paternalismus-Traktat gefunden.⁷⁶ *Conly* gelangt aufgrund identischer Prämissen wie die libertären Paternalisten zu ganz anderen Ergebnissen, nämlich zur Zulässigkeit und sogar Gebotenheit eines harten Paternalismus, der schädliche Verhaltensweisen – etwa den Konsum von Nikotin – einfach verbieten will. Menschen entschieden sich häufig falsch und richteten dadurch Schaden in ihrem Leben an; stelle man dies in eine Kosten-Nutzen-Bewertung ein, sei Autonomie sehr viel weniger wichtig, als vielfach angenommen werde. *Conly* ist auch der Ansicht, dass wir einem Irrtum erliegen, wenn wir uns als autonome und rational Handelnde betrachten; es gebe vielmehr nur einen graduellen Unterschied zwischen »normalen« Personen und zu rationalen Entscheidun-

72 Vgl. dazu etwa *Hausman*, *Economics and Philosophy* 2010, 321 ff.

73 *Mill*, *Der Utilitarismus* (orig. *Utilitarianism*, 1871). Hrsg. v. Dieter Birnbacher, 1985, S. 18.

74 Dies ist die »thin version« von Autonomie, die bei *Sunstein* (Fn. 18), S. 124 ff., übrig bleibt.

75 Grds. zu den Schwierigkeiten konsequentialistischer Theorien, den Paternalismus zu begrenzen, vgl. *Gutmann*, in: Kühler/Nossek (Hrsg.), *Paternalismus und Konsequentialismus*, 2014, S. 27 ff. Zur Bedeutung von Autonomie in utilitaristischen Theorien vgl. *Haworth*, in: Christman (Hrsg.), *The Inner Citadel. Essays on Individual Autonomy*, 1989, S. 155 ff.

76 *Conly*, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, 2013.

gen Unfähigen, bei denen wir zweifellos ein paternalistisches Vorgehen für zulässig halten.⁷⁷ Die Einschränkungen des libertären Paternalismus auf freiheitskompatible Nudges seien daher nicht gerechtfertigt;⁷⁸ auch gebe es keinen Bereich des menschlichen Lebens, in dem ein harter Paternalismus von vornherein ausgeschlossen sei. So hat *Conly* dann auch alle Mühe zu erklären, warum etwa nicht auch arrangierte Ehen eingeführt werden sollten, wenn frei gewählte Verbindungen doch so oft scheitern.⁷⁹

Vertreter eines liberaleren Paternalismus haben gegen diese Ergebnisse einige instrumentelle Einwände zur Hand – etwa die Probleme und Kosten einer Prohibitionspolitik –, aber keine prinzipiellen Argumente.⁸⁰ So landet man auf der Grundlage der Einsichten der Verhaltensökonomik erstaunlich schnell in einem paternalistischen Bevormundungsstaat, der prinzipiell die gesamte Lebensführung regulieren kann, wenn die individuellen Entscheidungen nur als unvernünftig genug eingeschätzt werden.

3. Grund und Grenzen des paternalistischen Nudging

Die vorangegangene Analyse legt die Schlussfolgerung nahe, dass das Unbehagen, das vielfach gegenüber der Nudging-Bewegung empfunden wird, gar nicht primär die Nudges als solche betrifft, sondern ein sehr viel fundamentaleres Problem, nämlich die damit verbundene Umstellung des gesamten Begriffssystems des politischen Nachdenkens: von Freiheit, Autonomie oder Selbstbestimmung auf Wohlergehen oder Glück als Grundprinzipien. Dies führt dazu, dass die individuelle Autonomie nicht mehr Grund und Ziel des politischen Handelns ist, sondern ein Abwägungsgesichtspunkt unter vielen, der unter Berufung auf die Cognitive Biases relativ leicht überwunden werden kann.⁸¹ Der gemeine Menschen- und Bürgerverstand spürt dies, wenn gegenüber der Nudging-Politik vorgebracht wird, dass sie ja erst der Anfang und mit ihr der Weg in einen paternalistischen Bevormundungsstaat vorgezeichnet sei. Gegenüber derartigen »Slippery Slope«-Argumenten sollte man grundsätzlich vorsichtig sein, aber sie haben hier einen plausiblen Ansatzpunkt, wie die Entwicklung der philosophischen Diskussion belegt.

Das heißt nun nicht, dass Nudges wegen dieser Gefahr des Umschlagens in einen harten Paternalismus von vornherein des Teufels sind. Der libertäre Paternalismus sollte allerdings einige Grundstrukturen seiner Argumentation und Strategie klarstellen oder verändern, um diesem Verdacht zu entgehen:

Zunächst ist das paternalistische Nudging eindeutig darauf zu beziehen, dass – wie in *Mills* Beispiel der maroden Brücke – den Plänen und Vorstellungen der Adressaten zur Realisierung verholfen wird. Nur wenn in plausibler Weise unterstellt und öffentlich dargelegt werden kann, dass sie sich selbst wünschen, sich gesünder zu ernähren,

77 Vgl. *Conly* (Fn. 76), S. 19 f.

78 Vgl. *Conly* (Fn. 76), S. 29 ff.

79 Vgl. *Conly* (Fn. 76), S. 182 ff.

80 Vgl. dazu die Rezension von *Sunstein*, NY Rev. of Books 2013, No. 4 v. 07.03.2013.

81 Ähnliche Beobachtung bei *Grüne-Yanoff*, Social Choice and Welfare 2012, 635, 640 ff.

sinnvollere Konsumententscheidungen zu treffen usw., dies aber in der konkreten Situation jeweils nicht schaffen und deshalb gar nichts dagegen hätten, in eine bestimmte Richtung »gestupst« zu werden, damit sich ihr »wirkliches« oder authentisches Wollen realisiert,⁸² ist die Beeinflussung ihrer Entscheidungen und ihres Verhaltens legitim.⁸³ Dies ist gewiss kein operationalisierbarer Maßstab, zeigt aber die Richtung der Rechtfertigungsaufgabe an. Vermeintlich objektive Wohlergehensvorstellungen oder Ergebnisse der Glücksforschung tragen zur Rechtfertigung staatlichen Handelns dagegen nichts bei, sondern können nur der Selbstreflexion und -vergewisserung jedes Einzelnen über seine Lebensführung dienen.

Ferner ist klarzustellen, dass paternalistische und die Entscheidungsschwächen auszunutzende Instrumente nur dann zum Einsatz kommen sollten, wenn dem wohlverstandenen Interesse nicht durch Information und Aufklärung gedient werden kann, also durch Maßnahmen, die autonome Entscheidungen der Betroffenen selbst ermöglichen und ihre Entscheidungskompetenzen stärken.⁸⁴

Schließlich sollten wir uns nicht einreden lassen, dass unser übliches Wollen und unsere ganz normalen Entscheidungen keine legitimatorische Kraft besitzen, weil wir gelegentlich Fehler machen.⁸⁵ Dass Menschen oft über unvollständige Informationen verfügen, sich durch die Entscheidungsumstände beeinflussen lassen, über keine völlig konsistente Präferenzordnung verfügen und willensschwach sind – in den Worten von *Thaler* und *Sunstein*: dass sie »Humans« und nicht »Econs« sind⁸⁶ –, ist keine grundsätzlich neue Erkenntnis: Irren ist menschlich. Als bahnbrechend und unsere Überzeugungen zur menschlichen Autonomie umstürzend konnten sie nur in einer wissenschaftlichen Disziplin verstanden werden, die ihre methodologische Figur des nutzenmaximierenden und vollständig rationalen »Homo Oeconomicus« als Ideal oder gar als Abbild der menschlichen Entscheidungsrealität missverstanden hat. Das ist aber ungefähr so plausibel, als wollte man jedermann als defizitär oder sogar krank bezeichnen, der nicht so stark wie *Muhammed Ali* ist und nicht so schnell läuft wie *Usain Bolt*. Natürlich darf sich das Menschenbild, das freiheitlichen politischen Ordnungen zugrunde liegt, nicht von den tatsächlichen Gegebenheiten und empirischen Erkenntnissen ablösen, aber es

82 Zu einer plausiblen Rekonstruktion dieser Art von Freiheit als Handlungswirksamkeit derjenigen Wünsche, die der Einzelne handlungswirksam werden lassen will, vgl. *Frankfurt*, *The Journal of Philosophy* 1971, 5 ff.

83 Ähnlich zu den Rechtfertigungsmöglichkeiten vgl. *Kirchgässner*, in: Held/Kubson-Gilke/Sturm (Hrsg.), *Grenzen der Konsumentensouveränität*, 2013, S. 41 ff.

84 Auch eine derartige Politik des »to educate« oder »to boost« lässt sich mit den Erkenntnissen über »Bounded Rationality« und die daran anschließenden Forschungen in Verbindung bringen, nämlich als Konsequenz des »Simple Heuristics Program« (vgl. dazu *Gigerenzer/Todd/ABC Research Group*, *Simple Heuristics that Make Us Smart*, 1999), während das Nudging an das »Heuristics and Biases Program« anschließt. Vgl. dazu jetzt *Grüne-Yanoff/Hertwig*, *Minds & Machines* 26 (2016), 149 ff.

85 Vgl. dazu auch *Heinig*, *Gibt es eine Ethik des Nudging?*, *VerfBlog*, 2014/12/15, <http://www.verfassungsblog.de/gibt-es-eine-ethik-des-nudging/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020); *Sugden*, *Const. Polit. Econ* 2008, 226 ff.; *Schramme*, *Zeitschr. f. Prakt. Philos.* 3 (2016), 531, 534 ff.

86 Vgl. *Thaler/Sunstein* (Fn. 14), S. 7 ff.

hat aus guten Gründen einen kontrafaktischen Zug, wenn es sich mit einem Mindestmaß an Fähigkeiten und Kompetenzen zufrieden gibt, um Menschen und ihre Entscheidungen als selbstbestimmt anzuerkennen.⁸⁷

IV. Der manipulative Charakter des Nudging

Einen anderen Charakter nimmt die Diskussion an, wenn man sich von dem Gedanken verabschiedet, dass mit Nudges – ausschließlich oder primär – paternalistische Ziele verfolgt werden. Tatsächlich dürften – entgegen der Einführung über Begriff und Theorie des libertären Paternalismus – mit der Verwendung des Nudging-Instrumentariums häufig an sich ganz unverdächtige Gemeinwohlziele verfolgt werden. Im Grunde ist es kaum möglich, sich einen Nudge vorzustellen, dessen Auswirkungen nicht zugleich auch Gemeinwohlinteressen berühren⁸⁸ – schon allein deshalb, weil auch das durch den Nudge beeinflusste individuelle Verhalten typischerweise nicht völlig frei von jeglicher sozialen Bedeutung ist. In dieser Konstellation betreffen die Bedenken gegen das Nudging dann nicht dessen Ziele, sondern bestimmte Eigenschaften des Instruments selbst.

Insoweit wird insbesondere auf den tendenziell manipulativen Charakter des Nudging hingewiesen.⁸⁹ Tatsächlich beruht das Instrumentarium des libertären Paternalismus darauf, dass an weithin unbewusste Entscheidungsmuster angeknüpft wird oder deren Schwächen sogar – wie bei der Veränderung von Standardvorgaben – ausgebeutet werden, um zu »besseren« Entscheidungen zu gelangen. Politiker und Regulierungsexperten nutzen also – so könnte man es jedenfalls sehen – unbewusste menschliche Schwächen, um das Verhalten der Bürger in die genehme Richtung zu lenken.

Einwände gegen diese Art der »Manipulation« treffen allerdings – was die Kritiker auch eingestehen⁹⁰ – zunächst von vornherein nur einen Teil der vorgeschlagenen Nudges. So spricht die reine Informationsvermittlung das rationale Vermögen der Adressaten an und fordert gerade zu einer reflektierten Entscheidung auf; hier wird man schwerlich einen Manipulationsvorwurf erheben können.⁹¹ Daran zeigt sich ferner, dass dieser Ein-

87 Vgl. dazu jetzt auch *Hörnle*, in: Heilinger/Nida-Rümelin (Hrsg.), *Anthropologie und Ethik*, 2015, S. 97 ff. Gegenüber dem Nudging-Ansatz ist insoweit auch auf den Begriff der Menschenwürde rekuriert worden; vgl. *Goodwin*, in: Grimm/Kemmerer/Möllers (Hrsg.), *Human Dignity in Context*, 2018, S. 393 ff.

88 Vgl. dazu auch *Drerup/Dessauer*, *Zeitschr. f. Prakt. Philos.* 3 (2016), 347, 358 f.

89 Zur Diskussion vgl. ausführlich *Drerup/Dessauer*, *Zeitschr. f. Prakt. Philos.* 3 (2016), 347, 374 ff.; *McCrudden/King*, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, 2016, S. 75, 112 ff.

90 Vgl. *Hausman/Welch*, *The Journ. of Polit. Philos.* 2010, 123, 126 ff.; *Wilkinson*, *Political Studies* 2013, 341 ff.; *Waldron*, *NY Rev. of Books* 2014, No. 15 v. 09.10.2014. In die Richtung dieses Manipulationsvorwurfs gehen auch die Einwände von *Di Fabio*, vgl. *Spiegel* 15/2015, S. 38 f.: »Wir sind keine Labormäuse«.

91 Dabei wird hier außer Acht gelassen, dass auch die Formulierung und Aufbereitung von Informationen, ihr »Framing«, Lenkungseffekte haben können. Um nur den Standardfall zu nennen: Die Aussage »90 % der Patienten überleben die Operation« erhöht die Bereitschaft erheblich, in einen medizinischen Eingriff einzuwilligen, im Vergleich zu der Formulierung »10 % der Patienten sterben bei der Operation«.

wand auf Nudges als Instrument oder Mittel bezogen ist, nicht dagegen auf das Ziel der Nudging-Politik als solcher. Dem entspricht schließlich auch die rechtsphilosophische Begrifflichkeit, mit deren Hilfe diese Kritik formuliert wird. Da auch »manipulative« Nudges die Verhaltensfreiheit nicht oder nur unwesentlich beschränken, kann inso- weit – anders als gegenüber klassischen staatlichen Freiheitseingriffen – nicht auf einen Grundsatz der Handlungsfreiheit und ein entsprechendes Recht abgestellt werden. Viel- mehr muss man hier bereits bei der Entscheidungsfindung ansetzen, die durch Nudges beeinflusst wird. Dies setzt allerdings einen stärkeren Freiheits- oder Autonomiebegriff im Sinne eines Rechts auf unmanipulierte Willensbildung voraus, zu dessen Begründung dann auch teilweise die Menschenwürde herangezogen wird.⁹²

Diese Kritik spricht einen wichtigen Punkt an, der auch von verfassungsrechtlicher Bedeutung ist, da sich die Frage stellt, wie die Transparenzgebote der Verfassung – etwa der Vorbehalt des Gesetzes – mit Blick auf Maßnahmen mobilisiert werden können, die keine klassischen Freiheitseingriffe darstellen.⁹³ Letztlich stehen den Vertretern des libertären Paternalismus aber Antworten zur Verfügung, um dieser Kritik zu bege- gen: Weder die konkrete Nudging-Maßnahme noch die gesamte Nudging-Regulierung geschehen nämlich notwendigerweise hinter dem Rücken der Adressaten. So ist es durchaus denkbar, dass jeweils offen darüber informiert wird, dass eine bewusste Ge- staltung der Entscheidungsarchitektur stattfindet; für einzelne Nudges gibt es bereits Untersuchungen, dass deren Wirksamkeit dadurch nicht beeinträchtigt wird.⁹⁴ Auch auf der Ebene der politischen Grundsatzentscheidung, Nudging-Instrumente einzu- setzen, spricht grundsätzlich nichts gegen einen transparenten Entscheidungsprozess. Dementsprechend haben die Vertreter des libertären Paternalismus auch keine Proble- me, ihren Kritikern an dieser Stelle entgegenzukommen und einen »Publicity-Vorbe- halt« zu formulieren.⁹⁵ Ist der Einsatz von Nudges aber in einem offenen politischen Prozess beschlossen worden, spricht selbst dann, wenn diese Instrumente menschliche Entscheidungsschwächen ausnutzen und in der konkreten Situation gar nicht von den

92 Zu entsprechenden Konstruktionen vgl. insb. *Hausman/Welch*, *The Journ. of Polit. Philos.* 2010, 123, 128; ferner *McCrudden* (Fn. 17); *Grüne-Yanoff*, *Social Choice and Welfare* 2012, 635, 636 ff. Einen interessanten Anwendungsfall stellt der Versuch dar, die Steuermoral der Bürger zu heben, indem säumige Steuerschuldner darauf hingewiesen werden, dass sie zu einer kleinen Minderheit gehörten, während die meisten Mitbürger bereits pünktlich gezahlt hätten (vgl. *Die Zeit* v. 28.05.2015, S. 30): Kommt es bei diesem »kleinen psychologischen Trick« (ebd.) darauf an, ob dieser Hinweis der Wahrheit entspricht (so sehen das etwa *Blumenthal-Barby/Burroughs*, *The Am J of Bioethics* 12 (2012), No. 2, 1, 6)? Oder darf die Finanzverwaltung die Steuerschuldner auch frech anlügen, weil der gute Zweck dieses Mittel heiligt?

93 Vgl. dazu etwa *Eifert*, *Nudging as a Matter of Politics*, *VerfBlog*, 2015/1/08, <http://www.verfassungsblog.de/nudging-matter-politics/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

94 Vgl. *Loewenstein* u.a., *Behavioral Science & Policy* 1 (2015), No. 1, 35 ff.

95 Vgl. *Thaler/Sunstein* (Fn. 14), S. 243 ff.; *Sunstein* (Fn. 18), S. 144 ff. Zur Diskussion vgl. *Coons/Weber*, in: dies. (Hrsg.), *Paternalism. Theory and Practice*, 2013, S. 1, 19 ff.

Betroffenen bemerkt werden,⁹⁶ nicht viel dafür, dass Nudges schlechthin bedenklich sind. Schließlich kennen wir in modernen politischen und Rechtsordnungen auch andere Formen eines derartigen »Autopaternalismus«, mit deren Hilfe wir uns gegen vorhersehbare Irrationalitäten schützen; selbst die verfassungsrechtlichen Bindungen kann man letztlich dazu zählen.⁹⁷

C. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für ein Nudging zur Diabetes-Prävention

Vor dem Hintergrund der dargestellten sozialphilosophischen Diskussion soll im Folgenden versucht werden, deren Erkenntnisse auf die verfassungsrechtliche Beurteilung eines Nudgings im Rahmen der Diabetes-Prävention zu übertragen.

I. Nudges im Rahmen der Diabetes-Prävention

1. Primärprävention

Wie einleitend bereits erwähnt,⁹⁸ sind Übergewicht, unzureichende Bewegung und eine schlechte und unausgewogene Ernährung ein Grund für die hohe Inzidenz von Diabetes mellitus Typ 2. Im Rahmen der Primärprävention von Diabetes können Verhaltensänderungen, die an diesen lebensstilbedingten Ursachen anknüpfen, zur Reduktion des Erkrankungsrisikos führen. Der Einsatz von Nudges, der an der »ungesunden Entscheidung« des Einzelnen ansetzt, kann daher einen effektiven Ansatz zur Diabetes-Prävention darstellen. Die Rahmenbedingungen der Entscheidungssituation werden so gestaltet, dass eine »gesunde Entscheidung« erleichtert wird und der Einzelne zu mehr Bewegung und einer besseren Ernährung »gestupst« wird.

Um das Ernährungsverhalten eines Menschen positiv zu beeinflussen, ist die Informationsvermittlung über gesundheitsrelevante Inhaltsstoffe beim Lebensmitteleinkauf ein vielversprechendes Mittel, insbesondere dann, wenn die gesundheitsrelevanten Informationen auf eine bestimmte Art und Weise bereitgestellt werden. So stellen verschiedene Nährwertkennzeichnungsmodelle auf Lebensmittelverpackungen leicht verständlich und transparent den Gehalt an gesundheitsrelevanten Inhaltsstoffen dar. Durch farbige Informationsgestaltung soll die Auswahl gesundheitsförderlicher Lebensmittel noch weiter vereinfacht werden. Bereits 2013 wurde in Großbritannien eine freiwillige Ampel-Kennzeichnung für Lebensmittel (»Lebensmittelampel«) eingeführt. In Frankreich hat sich seit 2017 (und seit 2018 in Spanien und Belgien) der ebenfalls freiwillige und farbig gestaltete »Nutri-Score« als ein anderes Modell zur Nährwertkennzeichnung

96 Zur Unterscheidung von »type« und »token interference transparency« vgl. Bovens, in: Grüne-Yanoff/Hansson (Hrsg.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, 2009, S. 207, 216 f.

97 Zur Diskussion vgl. nur Buchstein, in: Gebhardt/Schmalz-Bruns (Hrsg.), *Demokratie, Verfassung und Nation*, 1994, S. 231 ff.

98 Vgl. oben A.I.2.

auf Lebensmittelverpackungen durchgesetzt. Auch in Deutschland soll dieser »Nutri-Score« ab 2020 eingeführt werden.⁹⁹

Das Ernährungsverhalten kann ebenfalls durch den Aufwand, mit dem die Produktwahl verbunden wird, positiv beeinflusst werden: Erhöht man diesen bei der ungesunden Kaufoption, kann der Einzelne zur Auswahl der gesunden Produkte angestupst werden.¹⁰⁰ Ungesunde Lebensmittel werden weniger gut erreichbar in die unteren Fächer einsortiert, während gesunde Produkte möglichst ins Sichtfeld des Verbrauchers gerückt werden. So sind Produktplatzierungen auf Augenhöhe oder im Kassen- oder Eingangsbereich als Strategie zur Präsentation gesunder Lebensmittel wie Obst, Gemüse und Vollkornprodukte im Supermarkt denkbar. Aber auch Lichtverhältnisse, Portionsgrößen und Verpackungs-gestaltung können bei geplanten Nudging-Interventionen Berücksichtigung finden.

Nicht nur der Lebensmitteleinkauf, sondern auch Kantinen, Schul- oder Hochschulmensen, die bei der täglichen Ernährung von Kindern, Jugendlichen und vielen Erwachsenen eine große Rolle spielen, bieten Möglichkeiten, das Ernährungsverhalten des Einzelnen durch gezielte Nudging-Interventionen zu beeinflussen. Wenn bei der Essenswahl ein vegetarisches Menü die Standardverpflegung darstellt und der Einzelne sich hierzu nicht mehr eigens entschließen muss, wird dieses Menü häufiger verzehrt.¹⁰¹ Aber auch die Anordnung der Gerichte auf den Speiseplänen, die Platzierung von Lebensmitteln in den Auslagen, Teller- und Besteckgrößen sowie die Gestaltung der Lebensmittelpräsentation bieten Möglichkeiten zum Nudging.¹⁰²

Um den Einzelnen zu mehr körperlicher Aktivität im Alltag zu bewegen, werden insbesondere Nudges, die dazu verleiten, die Treppe statt des Aufzuges oder der Rolltreppe zu nutzen, als besonders effektiv bewertet.¹⁰³ In Schweden zeigt das Beispiel

99 Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, *Erweiterte Nährwertkennzeichnung: Verbraucherinnen und Verbraucher wollen Nutri-Score*, <https://www.bmel.de/DE/themen/ernaehrung/lebensmittel-kennzeichnung/freiwillige-angaben-und-label/nahrwertkennzeichnungs-modelle-nutriscore.html> (zuletzt abgerufen am 08.06.2020). Vgl. dazu Max Rubner-Institut, *Beschreibung und Bewertung ausgewählter »Front-of-Pack«-Nährwertkennzeichnungs-Modelle*, August 2019, https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Ernaehrung/Kennzeichnung/MRI-Bericht-Naehrwertkennzeichnungs-Modelle.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

100 *Maas/de Ridder/de Vet u.a.*, *Psychology & Health* 2012, 59.

101 Das zeigt ein Experiment der Behavior, Energy and Climate Change Conference: »The electronic registration form that conference participants completed was designed so that the vegetarian, low-carbon-producing lunch option was listed before the meat option and was pre-checked. About 80 % of conference participants chose the vegetarian over the meat option, in contrast to only 5-10 % of participants who selected the vegetarian option at previous BECC conferences.«, vgl. *Singer*, *Highlights of the 2009 Behavior, Energy, and Climate Change Conference*, *Psychological Science Agenda*, Jan 2010, <https://www.apa.org/science/about/psa/2010/01/becc> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

102 Ausführliche Handlungsempfehlungen des Kompetenzzentrums für Ernährung unter http://www.kern.bayern.de/mam/cms03/wissenschaft/dateien/nudgingbrosch%C3%BCre_handlungsempfehlungen_schulmensa_2018.pdf (zuletzt abgerufen am 15.04.2020) oder unter https://www.kern.bayern.de/mam/cms03/wissenschaft/dateien/nudging_brosch%C3%BCre_handlungsempfehlungen_hochschulmensa_2018.pdf (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

103 *Soler/Leeks u.a.*, *American Journal of Preventive Medicine* 2010, 292 ff.

der »piano stairs«¹⁰⁴ eine sehr eindrucksvolle Form der nudgenden Treppengestaltung. Auch in Deutschland hat dieser Nudgingansatz bei der Aktion »#treppegehtimmer«¹⁰⁵ Anklang gefunden. Hinweisschilder an Bahnhöfen sowie eine auffällige Gestaltung der Treppen sollen die Menschen zur Nutzung animieren. Aber auch die Ausweitung des Angebots öffentlich zugänglicher Fahrräder,¹⁰⁶ eine offensivere Angebotspräsentation sowie der Ausbau des Fahrradwegnetzes könnte zur vermehrten sportlichen Aktivität führen.

Nicht ganz unproblematisch in ihrer Einordnung als Nudges sind finanzielle Anreize, die auch als effektive Möglichkeit der Verhaltenssteuerung diskutiert werden. So haben die gesetzlichen Krankenkassen auf der Grundlage des § 65a SGB V ein breites Angebot an Bonusprogrammen für gesundheitsförderliches Verhalten ihrer Versicherten entwickelt: Von einer anteiligen Kostenübernahme oder Sonderkonditionen bei einer Fitnessstudioanmeldung,¹⁰⁷ über besondere Tarife für gesundheitsbewusste Versicherte¹⁰⁸ bis hin zu Punktesystemen mit monetären Vorteilen für sportliche Aktivitäten oder durchgeführte Vorsorgeuntersuchungen¹⁰⁹ können sich nach dem Versprechen der Krankenkassen gesunde Lebensentscheidungen »auszahlen.«¹¹⁰ Als Nudging wird man diese Maßnahmen nur noch einordnen können, soweit die finanziellen Anreize marginal bleiben.¹¹¹ Ebenfalls über ein Nudging hinaus geht die merkliche Besteuerung bestimmter Produkte oder Verhaltensweisen. Als effektiv zur Beeinflussung des Gesundheitsverhaltens, hat sich etwa die Steuer auf Softdrinks in Mexiko erwiesen.¹¹² Der Einsatz einer

104 »Piano stairs« sind interaktive Treppen, die aussehen wie eine Klaviertastatur und beim Betreten Musik spielen; vgl. hierzu *Lobe*, Wie Designer die Menschen spielerisch erziehen wollen, *Aargauer Zeitung* v. 09.03.2019, <https://www.aargauerzeitung.ch/leben/leben/wie-designer-die-menschen-spielerisch-erziehen-wollen-134178738> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

105 <https://www.laeuft.eu/treppegehtimmer/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

106 *Quigley*, *Med Law Rev* 2013, 588, 592 ff.

107 Siehe u.a. das Angebot der KK: <https://www.knappschaft.de/DE/LeistungenGesundheit/Bonusprogramm/AktivBonus/Aktivbonus.html;jsessionid=4A74C0D9D26DE6659E0D48D2A9D72FF2> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020); ähnlich auch bei der hkk: <https://www.hkk.de/leistungen-und-services/hkk-vorteile/geldwerte-vorteile/fitness-center-finden> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020); <https://www.hkk.de/leistungen-und-services/hkk-vorteile/geldwerte-vorteile/gymondo--onlinefitness-guenstiger> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

108 So zum Beispiel bei der AOK Baden-Württemberg: <https://www.aok.de/pk/bw/inhalt/aok-aktivbonustarif/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

109 U.a. bei der Barmer: <https://www.barmer.de/leistungen-bonusprogramm> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020); der DAK: <https://www.dak.de/dak/leistungen/aktivbonus-plus-1268764.html> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020); oder der IKK: <https://www.ikk-suedwest.de/leistungen/ikk-gesundheitsbonus/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

110 Zur Diskussion dieser Maßnahmen vgl. *Huster*, *VSSAR* 2019, 329, 335 f. m.w.N.

111 Grds. zu finanziellen Anreizen vgl. *Schmidt/Stock/Voigt*, in: *Huster/Schramme* (Hrsg.), *Normative Aspekte von Public Health*, 2017, 179 ff.

112 *Colchero/Popkin/Rivera* u.a., *BMJ* 2016, 352.

sog. »Zucker-«¹¹³ oder »Fettsteuer« in Deutschland wird zwar vermehrt von Ärzten gefordert, ist jedoch sehr umstritten. Denken könnte man auch an eine Umsatzsteuer auf Lebensmittel, die nach deren (un)gesundem Charakter differenziert.¹¹⁴ Merkliche finanzielle Sanktionen und Anreize werden hier jedenfalls nicht mehr zu den Nudges gezählt.

2. Sekundärprävention

Der Einsatz von Nudging-Interventionen ist nicht nur in der Primärprävention von Diabetes denkbar. Auch bei einer bereits bestehenden Diabeteserkrankung kann sich das Nudging als wirkungsvolles Mittel zur Verbesserung des Selbstmanagements darstellen. Denkbar wäre es etwa im Rahmen von Disease-Management-Programmen (DMP, §§ 137f und g SGB V), wo die Nudges den Patienten beim Umgang mit der Erkrankung unterstützen und z.B. zur Einhaltung von Arztterminen, zur Teilnahme an Schulungsmaßnahmen oder zur regelmäßigen Blutzuckermessung »anstupsen« könnten. Gegen derartige Nudges mit Reminder-Funktion u.ä. werden in der Regel zumindest dann keine rechtlichen oder ethischen Bedenken bestehen, wenn die in die DMP eingeschriebenen Versicherten in die Verwendung dieser Instrumente eingewilligt haben.¹¹⁵ Sie werden daher hier ebenfalls nicht weiter diskutiert.

II. Verfassungsrechtliche Beurteilung des Einsatzes von Nudges zur Diabetes-Prävention

1. Grundzüge der verfassungsrechtlichen Erfassung

Die dargestellten Nudges zur Bekämpfung des Diabetes sind – wie Nudges generell – zu unterschiedlich, um sie einer einheitlichen rechtlichen Beurteilung zu unterwerfen.¹¹⁶ Es kann daher von vornherein nicht um eine verfassungsrechtliche Bewertung »des Nudging« gehen. Dies wird bereits deutlich, wenn man die beiden in der philosophischen Diskussion geltend gemachten Einwände, die auch die juristische Debatte bestimmen, auf das Diabetes-Nudging bezieht: Nudging sei paternalistisch und manipulativ. Es wird

113 Dokumentation des Wissenschaftlichen Dienstes des deutschen Bundestages über die Ausgestaltung einer Zuckersteuer in ausgewählten Ländern, die die Frage behandelt, wie sich die Zuckersteuer in bestimmten Ländern darstellt und wie sie sich auf das Kaufverhalten, die Preise und auf die Rezepturen auswirkt: vgl. WD 5 – 3000 – 064/18.

114 Vgl. dazu *Effertz*, Die Auswirkungen der Besteuerung von Lebensmitteln auf Ernährungsverhalten, Körpergewicht und Gesundheitskosten in Deutschland, 2017, https://www.deutsche-diabetes-gesellschaft.de/fileadmin/Redakteur/Presse/Pressemitteilungen/2017/05_Zucker_Fett_Steuer_Deutschland_Endbericht_Stand_06112017.pdf (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

115 Vgl. dazu die ebenfalls in diesem Forschungsprojekt (vgl. Fn. *) entstandene Publikation von *Rauprich* u.a., Nudging als Ansatz zur Förderung des Selbstmanagements bei Diabetes Mellitus Typ 2, i.E.

116 Darauf weist zu Recht auch *Volkemann*, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, 2016, S. 141, 158 f., resümierend hin.

schnell klar, dass ein Nudging im Sinne der Diabetes-Prävention nicht auf eine paternalistische Rechtfertigung angewiesen ist: Zu offensichtlich ist es, dass eine »Diabetes-Epidemie« nicht nur das Wohlergehen der erkrankten Betroffenen gefährdete, sondern auch Interessen Dritter und der Allgemeinheit – von den Behandlungskosten in der Krankenversicherung über Arbeitsausfälle bis hin zu familiären Problemen – berührte. Wie bereits mehrfach angemerkt,¹¹⁷ ist die Konstellation des rein paternalistischen Nudgings eher selten; es wäre in einer freiheitlichen Ordnung auch nur in sehr engen Grenzen zu rechtfertigen.¹¹⁸

Gerade das gesundheitsbezogene Nudging kann sich in der Regel auf Gemeinwohlziele berufen. Allerdings muss man dann auch ehrlich rechnen: Wenn z.B. die sozialen Kosten bestimmter Verhaltensweisen – etwa des Rauchens – zur Rechtfertigung herangezogen werden, dürfen nicht nur die Aufwendungen in der Krankenversicherung, sondern müssen auch evtl. Ersparnisse in der Rentenversicherung berücksichtigt werden.¹¹⁹ Das ist kein Zynismus, sondern innerhalb dieses Rechtfertigungsansatzes unentbehrlich, um nicht einen versteckten Paternalismus zu befördern. Auch dies ist aber für das Nudging im Sinne der Diabetes-Prävention schwerlich relevant, weil die Existenz enorm hoher Behandlungs- und Folgekosten des Diabetes unstrittig zu sein scheint.¹²⁰ Einfacher gesagt: Das Gemeinwesen hat ein legitimes Interesse, dass bestimmte chronische Zivilisationskrankheiten wie der Diabetes nicht überhand nehmen; die Frage ist dann nur noch, ob die zu diesem Zweck eingesetzten Mittel legitim sind.

Das heißt nicht, dass man staatliche Maßnahmen der Krankheitsprävention politisch nicht auch kritisch hinterfragen kann; insbesondere der andauernd erhobene Zeigefinger im Rahmen der Verhaltensprävention ist nicht jedermanns Sache.¹²¹ Aber prinzipiell wird man sich kaum darüber beschweren können, dass es die Gesundheitspolitik auch als ihre Aufgabe ansieht, gesundheitsförderliche Lebensstile zu fördern und dadurch einen ungebremsten Zuwachs der »Zivilisationskrankheiten« zu vermeiden.¹²²

117 Vgl. oben bei Fn. 24.

118 Gegen paternalistische Ziele als Rechtfertigung für ein Nudging bzw. die mit ihm ggf. verbundenen Grundrechtseingriffe etwa *Gerg*, Nudging, 2019, S. 136 ff.; *Honer*, DÖV 2019, 940, 946; *Hufen*, JuS 2020, 193, 198; *Schweizer*, in: Mathis/Tor (Hrsg.), Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics, 2016, S. 93, 102 ff.; *Wolff*, in: Hilbert/Rauber (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, 2019, 253, 265; differenzierend *Kreßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 320 ff.

119 Vgl. *Viscusi*, Journal of Law and Economics 42 (1999), 575 ff.

120 Vgl. dazu bereits oben bei A.I.1.

121 Die Problematik ist bereits unter dem Aspekt der Erziehung durch den Staat diskutiert worden; vgl. *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004; *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012.

122 Ähnlich *Lübbe-Wolff*, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 247, 249.

2. Manipulation

Damit tritt die Frage in den Vordergrund, ob gegen Nudges als *Instrumente* der Diabetes-Prävention spezifische verfassungsrechtliche Bedenken bestehen.¹²³

Für einen Großteil der Instrumente, die insoweit als Nudges diskutiert werden, wird man auf bekannte Maßstäbe zurückgreifen können. Dies gilt insbesondere für die – auch plakative (Lebensmittelampel) und drastische (Schockbilder) – Darreichung von Informationen über Gesundheitsgefahren, den Gehalt von Nahrungsmitteln u.ä. Die verfassungsrechtliche Dogmatik hat sich immer schwer getan, staatliches Handeln einzuordnen und zu bewerten, das nicht dem klassischen Instrumentarium von Befehl und Zwang entspricht, sondern auf weichere Formen der Verhaltensbeeinflussung setzt. Insofern wirft ein »Nudging durch Information« aber keine anderen Probleme auf, als sie bisher schon für das staatliche Informationshandeln diskutiert worden sind.¹²⁴

Eine Besonderheit besteht allerdings, wenn Nudges bereits Einfluss auf die Willensbildung nehmen und dies dem Adressaten nicht bewusst ist. Dies gilt in weitem Umfang gerade für die Default-Nudges, die besonders effektiv und kostengünstig zu sein scheinen. Die grundrechtliche Dogmatik hat versucht, den hier auf der Hand liegenden Manipulationsverdacht in den Griff zu bekommen und ist – bei Heranziehung unterschiedlicher Grundrechte (Menschenwürde, allgemeine Handlungsfreiheit, allgemeines Persönlichkeitsrecht)¹²⁵ – weithin zum Ergebnis gelangt, dass intransparente, manipulative Nudges Grundrechtseingriffe darstellen, die nicht oder nur in äußerst engen Grenzen zu rechtfertigen sind. Nicht verschwiegen werden soll dabei, dass die Grenze zwischen »reflektivem« und »perzeptivem« Einwirken¹²⁶ gelegentlich schwer zu ziehen

123 Vgl. jetzt monographisch *Gerg*, Nudging, 2019; *Kreßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019; zuvor bereits – wenn auch nicht auf die Nudging-Thematik beschränkt – *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017. Vgl. ferner die rechtswissenschaftlichen Beiträge bei *Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner* (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging*, 2016; sowie die Beiträge von *Matbis, Wagner, Klement* und *Heinig*, in: *Spiecker* genannt *Döhmman/Wallrabenstein* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz*, 2016, S. 79 ff., 97 ff., 105 ff., 145 ff. Aus der Aufsatzliteratur vgl. *van Aaken*, in: *Anderheiden* u.a. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 109 ff.; *Barczak*, in: *Ach* (Hrsg.), *Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin*, 2013, S. 65 ff.; *Beul*, *KritV* 2019, 39 ff.; *Bornemann/Smeddinck*, *ZParl* 2016, 437 ff.; *Eidenmüller*, *JZ* 2011, 814 ff.; *Holle*, *ZLR* 2016, 596 ff.; *Hermstrüwer*, *GesR* 2018, 21 ff.; *Honer*, *DÖV* 2019, 940 ff.; *Hufen*, in: *FS f. Schmidt-Preuß*, 2018, S. 99 ff.; *ders.*, *JuS* 2020, 193 ff.; *G. Kirchhof*, *ZRP* 2015, 136 ff.; *Purnhagen/Reisch*, *ZEuP* 2016, 629 ff.; *Schuppert*, in: *FS f. Schmidt-Jortzig*, 2011, S. 291 ff.; *Seckelmann/Lamping*, *DÖV* 2016, 189 ff.; *Holle*, *ZLR* 2016, 596 ff.; *Smeddinck*, *DV* 44 (2011), 375 ff.; *ders.*, *ZRP* 2014, 245 ff.; *ders.*, *DÖV* 2020, 253 ff.; *Weber/Schäfer*, *Der Staat* 56 (2017), 561 ff.; *Wolff*, *RW* 2015, 194 ff.; *dies.*, in: *Hilbert/Rauber* (Hrsg.), *Warum befolgen wir Recht?*, 2019, S. 253 ff.

124 Vgl. dazu *BVerfGE* 105, 279 ff.; 105, 252 ff.

125 Überblick bei *Gerg* (Fn. 123), S. 87 ff.

126 So jetzt die Begriffsbildung bei *Gerg* (Fn. 123), S. 99 ff. und *passim*. Grds. zum Schutz der Willensentschlussfreiheit vgl. *Cremer*, *Freiheitsgrundrechte – Funktionen und Strukturen*, 2003, S. 78 f.

ist; welches bewusste »Framing« bereits die grundrechtlich geschützte innere Autonomie beeinträchtigt, mag nicht selten umstritten sein.

Die Lösung für das Manipulationsproblem liegt auf der Hand: Das Nudging muss transparent gestaltet werden.¹²⁷ Ob und inwieweit sich dies zu einem Rechtsgebot verdichtet, wäre zu diskutieren. Unproblematisch sind insoweit Konstellationen, in denen zu Steuerungszwecken eine Default-Einstellung nach breiter politischer Diskussion direkt im Parlamentsgesetz vorgenommen wird. In diesem Sinne wäre – was immer sonst man davon halten mag – die Verankerung der Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz vorbildlich gewesen. Im Übrigen wird man aber auf der Ebene des Gesetzes häufig nur eine Nudging-Ermächtigung festschreiben können; das konkrete Nudging – die Anordnung der Speisen in der Kantine o.ä. – wird dadurch natürlich noch nicht transparent.¹²⁸ Trotzdem dürfte damit den verfassungsrechtlichen Transparenzanforderungen Genüge getan sein, weil jeder Bürger dann vorhersehen, dass in bestimmten Kontexten gezielt auf seine Willensbildung Einfluss genommen wird, und entsprechend reagieren kann. Irgendwann mag es natürlich recht aufwändig werden, andauernd die Default-Einstellungen wieder zu korrigieren; dies führt dann zu den ungelösten, aber ebenfalls bekannten Problemen der Grundrechtsbeeinträchtigung durch kumulative Belastungen.¹²⁹

D. Fazit

Wie hilfreich Nudges bei der Prävention von Krankheiten sein können, entzieht sich der juristischen Beurteilung.¹³⁰ Sollten sie aber einen signifikanten Beitrag leisten können, spricht wenig gegen ihren Einsatz, solange sie durch plausible Gemeinwohlziele legitimiert sind und keinen manipulativen Charakter annehmen.

127 Vgl. oben bei B.IV.

128 *Kreßner* (Fn. 123), S. 294 f. Zur Unterscheidung von »type« und »token interference transparency« vgl. bereits oben in und bei Fn. 96.

129 Dass sich diese Lästigkeiten bei einem flächendeckenden Einsatz von Nudges aufsummieren könnten, betont *Lübbe-Wolff*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner* (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, 2016, S. 247, 252 f.

130 Vgl. dazu die ebenfalls in diesem Forschungsprojekt (vgl. Fn. *) entstandene Publikation *Möllenkamp/Zeppernick/Schreyögg*, *The effectiveness of nudges in improving the self-management of patients with chronic diseases: A systematic literature review*. *Health Policy* 123 (2019), 1199 ff.