

Verwaltungswissenschaften in
juristischer Perspektive

5

Matthias Meier

Verhaltenswissenschaftlich inspiriertes Verwaltungshandeln

Herausforderungen und Perspektiven zur Umsetzung
staatlichen Nudgings in Deutschland



Nomos

Verwaltungswissenschaften in juristischer Perspektive

herausgegeben von

**Prof. Dr. Veith Mehde,
Prof. Dr. Utz Schliesky und
Prof. Dr. Jan Ziekow**

Band 5

Matthias Meier

Verhaltenswissenschaftlich inspiriertes Verwaltungshandeln

Herausforderungen und Perspektiven zur Umsetzung
staatlichen Nudgings in Deutschland



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7868-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-2268-1 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen.

Die Arbeit entstand zum Großteil während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Politik von Prof. Dr. Alexander Graser. Der Grundlagenteil wurde wesentlich durch meinen Forschungsaufenthalt am Centre for Socio-Legal Studies an der University of Oxford beeinflusst.

An dieser Stelle möchte ich den vielen Personen, die diese Arbeit auf vielfältige Weise gefördert haben, herzlich danken. Zuvorderst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Alexander Graser, für seine Betreuung meines Promotionsvorhabens und die wundervolle Zeit an seinem Lehrstuhl.

Herrn Prof. Dr. Gerrit Manssen danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Bundesverfassungsrichter a.D. Prof. Dr. Udo Steiner für den Vorsitz der Disputation.

Dank gebührt auch Prof. Dr. Veith Mehde, Prof. Dr. Ulrich Ramsauer, Prof. Dr. Utz Schliesky und Prof. Dr. Jan Ziekow für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe.

Weiterhin möchte ich meinen Freunden und Kollegen an der Fakultät danken, ohne deren Beistand und Input diese Arbeit wohl nie vollendet worden wäre. Besonders hervorheben möchte ich an dieser Stelle Dr. Miriam Bernert, Dr. Andreas Bernert, Dr. Veronika Apfl und meine Bürokollegen aus dem 4. Stock, Dr. Maximilian Link, Dr. Stefan Reiter und Dr. Larissa Borkowski. Für den fachübergreifenden Austausch bin ich Matthias Jobst und Erich Renz sehr dankbar.

Lisa Islinger danke ich in Liebe für die Unterstützung und den Rückhalt, den sie mir während der Promotionszeit und darüber hinaus geboten hat.

Besonderer Dank gilt ferner meiner Familie, insbesondere meinen Eltern. Ihre unentwegte und vorbehaltlose Unterstützung während sämtlicher Phasen meiner Ausbildung hat die vorliegende Arbeit erst ermöglicht.

München, im Februar 2021

Matthias Meier

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Einleitung | 17 |
| A. Gegenstand und Fragestellung | 17 |
| B. Gang der Arbeit | 19 |
| Teil 1: Nudging | 21 |
| A. Ausgangspunkt: Nudges nach Thaler und Sunstein | 21 |
| I. Definition | 21 |
| II. Verhaltenswissenschaftliche Grundlagen | 23 |
| 1. Homo Oeconomicus | 23 |
| 2. Begrenzte Rationalität (Bounded Rationality) | 24 |
| 3. Abweichungen vom ökonomischen Standardmodell | 26 |
| a) Heuristiken und kognitive Verzerrungen | 26 |
| aa) Verfügbarkeitsheuristiken | 27 |
| bb) Kognitive Anker | 28 |
| cc) Repräsentativitätsheuristiken | 29 |
| dd) Überoptimismus und Selbstüberschätzung | 31 |
| b) Grenzen der Informationsaufnahme und – verarbeitung | 33 |
| c) Abweichung von einem rationalen Entscheidungsverhalten | 34 |
| aa) Rahmen (Frame) | 34 |
| bb) Status-Quo-Bias | 35 |
| cc) Besitztumseffekte | 36 |
| dd) Extremeness Aversion | 37 |
| d) Begrenzte Willensstärke (bounded willpower) | 37 |
| III. Entscheidungsarchitektur | 38 |
| IV. Arten von Nudges | 40 |
| V. Vorteile von Nudging | 44 |
| B. Begriffsbestimmung: Kritische Auseinandersetzung | 46 |
| I. Pflichtentscheidungen | 46 |
| II. Informationen und Warnungen | 48 |
| 1. Begriffsabgrenzung | 48 |
| 2. Systeme des Denkens | 49 |
| 3. System-2-Nudges? | 50 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| 4. Stellungnahme | 52 |
| a) Verhaltenslenkung | 52 |
| aa) Verhaltensänderung | 52 |
| bb) Vorhersehbarkeit | 53 |
| cc) Vermittlung | 54 |
| b) Praxis | 55 |
| c) Konsequenz | 56 |
| III. Anreize | 57 |
| C. Kritik: Grundannahmen | 58 |
| I. Rezeption wissenschaftlicher Erkenntnisse | 58 |
| 1. Abweichungen als Fehler | 59 |
| 2. System 1 und System 2 | 61 |
| 3. Stellungnahme | 62 |
| II. Entscheidungsarchitektur und Nudges | 63 |
| D. Begriffsrelativierung: Wissenschaftliche Einbettung | 64 |
| I. Verhaltensökonomik | 65 |
| II. Ökonomische Analyse des Rechts | 66 |
| III. Verhaltenswissenschaftliche Analyse des Rechts | 67 |
| IV. Ein praktischer Nudge-Begriff | 68 |
| E. Zusammenfassung: Der Nudge-Begriff | 69 |
| F. Libertärer Paternalismus: Rechtspolitisches Ideal | 70 |
| I. Grundkonzept | 71 |
| 1. Libertäres Element | 71 |
| 2. Paternalistisches Element | 72 |
| II. Kritik | 73 |
| 1. Paternalismus | 73 |
| 2. Normatives Konzept? | 75 |
| a) Individuelle Präferenzen | 76 |
| b) Wohlergehen | 78 |
| aa) Fehlen eines tauglichen Konzepts | 78 |
| bb) Homo Oeconomicus als Leitbild | 79 |
| c) Stellungnahme | 80 |
| 3. Liberalismus und Redistribution | 81 |
| 4. Menschenbild | 82 |
| Teil 2: Nudges im Kontext einer verwaltungsrechtlichen Formenlehre | 85 |
| A. Ziele der Formenlehre | 85 |

| | |
|---|-----|
| B. Rechts-, Handlungs- oder Bewirkungsform | 86 |
| I. Rechts- und Handlungsform | 87 |
| II. Bewirkungsform | 88 |
| C. Steuerungsinstrumente | 91 |
| I. Gebote/Verbote | 92 |
| II. Anreize | 92 |
| III. Schlichtes Verwaltungshandeln | 94 |
| 1. Staatliches Informationshandeln | 95 |
| a) Verhaltenslenkung | 96 |
| b) Unterschiede | 98 |
| c) Zusammenfassung | 98 |
| 2. Sonstiges schlichtes Verwaltungshandeln | 99 |
| IV. Nudges als eigenständiges Steuerungsinstrument | 100 |
| V. Nudges als Bestandteil eines Mix | 101 |
| VI. Nudges als Teil anderweitiger Steuerungskategorien | 101 |
| D. Zusammenfassung | 103 |
| Teil 3: Nudges im System des nationalen Grundrechtsschutzes | 104 |
| A. Unmittelbare Nudges | 105 |
| I. Nudges als Eingriff | 105 |
| 1. Klassischer Eingriffsbegriff | 105 |
| 2. Moderner Eingriffsbegriff | 106 |
| a) Umfang | 106 |
| b) Nudges als Eingriff: Mittel und Inhalt | 107 |
| aa) Eingriff durch Nudges als Mittel | 107 |
| (1) Begriff der Autonomie | 108 |
| (2) Konfliktpotential | 109 |
| (3) Grundrechtlicher Schutz der Autonomie durch Art. 2 Abs. 1 GG | 110 |
| (4) Rolle der Transparenz als Korrektiv | 113 |
| (5) Bestandsaufnahme | 113 |
| (6) Stellungnahme | 115 |
| (a) Informationen | 116 |
| (b) Default Rules | 121 |
| (aa) Autonomie und Defaults | 122 |
| (bb) Handlungszwang und negative Selbstbestimmung | 124 |
| (c) Personalisierung | 125 |
| (7) Zusammenfassung: Nudges als Mittel | 126 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| bb) Eingriff durch den Inhalt des Nudges | 126 |
| cc) Nudges als Eingriff: Synthese | 128 |
| II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Nudges | 128 |
| 1. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz | 129 |
| a) Legitimes Ziel | 129 |
| aa) Legitimität paternalistischer Intervention | 130 |
| bb) Nudging im Kontext der Legitimitätsdebatte | 133 |
| b) Geeignetheit | 135 |
| c) Erforderlichkeit | 137 |
| d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne | 139 |
| 2. Kumulative Grundrechtseingriffe und Nudging | 143 |
| a) Die Figur des kumulativen Grundrechtseingriffs | 144 |
| aa) Anforderungen | 144 |
| bb) Dogmatische Einordnung | 149 |
| cc) Rechtsfolgen | 151 |
| b) Kumulative Grundrechtseingriffe durch Nudges | 152 |
| III. Ungleichbehandlungen durch Nudges | 154 |
| 1. Willkürprüfung und neue Formel | 154 |
| 2. Ungleichbehandlungen | 156 |
| a) Adressaten (unmittelbare Diskriminierung/ Ungleichbehandlung) | 156 |
| b) Wirkung (mittelbare Diskriminierung/ Ungleichbehandlung) | 157 |
| B. Mittelbare Nudges | 159 |
| I. Begriffserklärung | 159 |
| II. Situation 1: Auswirkungen von Nudging auf Dritte | 160 |
| 1. Eingriffsbegriff und Rolle der Autonomie | 160 |
| 2. Eingriffssituationen | 160 |
| a) Hoheitliches Informationshandeln | 161 |
| b) Default Rules | 168 |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung | 170 |
| III. Situation 2: Imperatives Staatshandeln und Nudging | 170 |
| Teil 4: Perspektiven zu einer deutschen Nudge-Einheit | 172 |
| A. Entwicklung und Überblick über internationaler Nudge- Einheiten | 173 |
| I. Erste Versuche (OIRA) | 173 |
| II. Behavioural Insights Team des Vereinigten Königreichs | 174 |
| 1. Anwendung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse | 176 |

| | |
|---|-----|
| 2. MINDSPACE | 177 |
| 3. EAST | 178 |
| 4. Test, Learn, Adapt | 179 |
| a) Randomisierte kontrollierte Studien (RCTs) | 180 |
| b) Aufbau einer RCT anhand des „Test, Learn, Adapt“- Verfahrens | 181 |
| III. Weitere Einheiten und Umsetzungsansätze | 183 |
| 1. Staatliche Einheiten und private Netzwerke | 184 |
| 2. Zentrale, dezentrale und projektbezogene Schwerpunkte | 187 |
| 3. Personenbezogener Ansatz | 188 |
| B. Rahmenbedingungen für eine institutionelle Umsetzung in Deutschland | 189 |
| I. Bisherige Entwicklung | 189 |
| 1. Methodik und Arbeitsweise | 190 |
| 2. Projekte | 192 |
| II. Verwaltungsorganisatorische Rahmenbedingungen | 193 |
| 1. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen | 193 |
| a) Ressortprinzip, Art. 65 S. 2 GG | 193 |
| b) Bund – Länder – Kommunen | 195 |
| 2. Sonstige Rahmenbedingungen | 199 |
| a) Steuerung durch Organisation | 199 |
| b) Vom klassischen Organisationsmodell zu neuen Herausforderungen | 200 |
| c) Institutional Choice | 204 |
| aa) Wahl der Verwaltungsebene | 205 |
| bb) Wahl des Sektors | 206 |
| cc) Wahl des Organisationstyps | 207 |
| dd) Auswahlkriterien | 207 |
| d) Wissenschaftlicher Sachverstand | 208 |
| e) Stellungnahme | 210 |
| aa) Bundes-/Landesebene | 211 |
| bb) Kommunale Ebene | 212 |
| cc) Zusammenschau | 213 |
| Teil 5: Maßstäbe des Nudgens | 214 |
| A. Maßstäbe des Verwaltungshandelns | 214 |
| I. Begriff des Maßstabs | 215 |
| II. Zweck der Maßstabslehre | 215 |
| III. Umfang | 217 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| B. Rechtmäßigkeit | 219 |
| I. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung | 219 |
| 1. Formelle Rechtmäßigkeit und Vorrang des Gesetzes | 219 |
| 2. Vorbehalt des Gesetzes | 220 |
| a) Grundsätzliches | 220 |
| b) Nudges und der Vorbehalt des Gesetzes | 223 |
| aa) Inhaltliche Aspekte | 223 |
| bb) Art des Nudges | 224 |
| cc) Synthese: Öffentlichkeit durch Gesetz | 224 |
| II. Willkürverbot | 227 |
| III. Verhältnismäßigkeit | 228 |
| C. Effektivität | 229 |
| I. Definition | 229 |
| II. Ausprägungen der Effektivität im Verwaltungshandeln | 230 |
| III. Nudges und Effektivität | 233 |
| 1. Bezugsgröße der Effektivität | 233 |
| 2. Spannungsverhältnis: Effektivität und Transparenz | 235 |
| a) Transparenz nach Sunstein und Thaler | 235 |
| b) Argumentationslinie: Transparenz vs. Effektivität | 237 |
| c) Kritische Einordnung | 238 |
| aa) Bovens type und token interference transparency | 238 |
| bb) Hansen und Jespersens transparente und intransparente Nudges | 240 |
| cc) Stellungnahme | 242 |
| d) Folgen für staatliches Nudging | 243 |
| aa) Öffentlichkeit und Transparenz | 244 |
| bb) Stellungnahme | 248 |
| 3. Nudges als Allheilmittel | 250 |
| a) Künstliche Verengung des Blickfeldes | 250 |
| b) Grenzen von Nudging | 252 |
| c) Ausweg aus dem Problem | 252 |
| 4. Übertragbarkeit experimenteller Studien in die Praxis | 254 |
| 5. Langfristige Wirksamkeit und Nebeneffekte | 257 |
| a) Nebeneffekte | 257 |
| b) Langfristige Wirksamkeit und Wirkungen | 259 |
| c) Stellungnahme | 261 |
| 6. Spannungsverhältnis: Effektivität und Datenschutz | 262 |
| a) Nudging und personenbezogene Daten | 263 |
| b) Schutzmechanismen | 267 |
| aa) Recht auf informationelle Selbstbestimmung | 267 |

| | |
|---|-----|
| bb) Grundsätzliche Strukturen | 269 |
| cc) Stellungnahme | 271 |
| (1) Libertär paternalistische Nudges | 271 |
| (2) Sonstige Nudges | 274 |
| 7. Zusammenfassung und Schlüsse | 276 |
| D. Effizienz | 277 |
| I. Definition | 278 |
| II. Ausprägungen des Effizienzprinzips im Verwaltungshandeln | 280 |
| 1. Effizienz als Rechtsprinzip | 280 |
| 2. Einfallstore der Effizienz ins Verwaltungshandeln | 282 |
| 3. Nudges und Effizienz | 283 |
| E. Akzeptabilität und Akzeptanz | 285 |
| I. Akzeptabilität und Akzeptanz von Verwaltungshandeln | 285 |
| 1. Begriffliche Einordnung | 286 |
| 2. Bedeutung im Verwaltungshandeln | 287 |
| a) Akzeptanz | 287 |
| b) Akzeptabilität | 288 |
| II. Nudging und Akzeptabilität | 290 |
| 1. Adressatenperspektive | 290 |
| a) Einstellung der Bürger zum Nudging | 291 |
| b) Indikatorfunktion der Akzeptabilität | 295 |
| c) Schlussfolgerungen | 298 |
| 2. Staatliche Perspektive | 299 |
| Teil 6: Kontrolle | 301 |
| A. Facetten von Kontrolle | 301 |
| I. Begriffsbestimmung | 301 |
| II. Parameter | 304 |
| B. Herausforderungen im Rahmen von Nudging | 305 |
| I. Nudges selbst | 305 |
| II. Prozess um Nudging | 308 |
| C. Kontrollmöglichkeiten und -defizite beim Nudging | 308 |
| I. Gerichtliche Kontrollen | 309 |
| 1. Parameter | 309 |
| 2. Rolle des subjektiven Rechts | 310 |
| 3. Kontrolldichte | 313 |
| 4. Klagearten, Ansprüche und Sanktionen | 318 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| 5. Zwischenergebnis | 320 |
| II. Selbstkontrolle der Verwaltung | 321 |
| 1. Parameter | 321 |
| 2. Formen | 322 |
| a) Aufsicht | 322 |
| aa) Amtsaufsicht | 322 |
| bb) Behördenaufsicht | 324 |
| cc) Körperschaften, Anstalten und Stiftungen | 326 |
| b) Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren | 327 |
| c) Unabhängige Stellen und Beauftragte | 330 |
| d) Öffnung für neue Formen der Selbstkontrolle | 332 |
| III. Finanzkontrollen | 336 |
| 1. Parameter | 336 |
| 2. Entwicklungen | 339 |
| 3. Finanzkontrolle und Nudging | 340 |
| IV. Öffentlichkeitskontrolle | 342 |
| 1. Öffentlichkeit | 342 |
| 2. Parameter | 344 |
| 3. Maßstäbe und Instrumente | 345 |
| 4. Öffentlichkeitskontrolle und Nudging | 347 |
| V. Parlamentarische Kontrollen | 350 |
| 1. Parameter | 351 |
| 2. Kontrollspektrum bei Nudging | 352 |
| D. Gesamtschau | 354 |
| I. Rechtmäßigkeit | 355 |
| 1. Register von Nudges | 355 |
| 2. Nudge-Kontrollbeauftragter | 356 |
| 3. Rolle der Gerichte | 357 |
| II. Effektivität | 358 |
| 1. Kontrollpotential | 358 |
| 2. Ein Auslaufdatum für Nudges? | 359 |
| III. Effizienz | 360 |
| Teil 7: Zusammenfassung | 361 |
| Literaturverzeichnis | 365 |