

Verhaltenslenkung durch sanfte Überredung – die Kunst des interdisziplinären Gesprächs

Eva Kocher*

Rezension von: Alexandra Kemmerer/Christoph Möllers/Maximilian Steinbeis/Gerhard Wagner (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging, Nomos: Baden-Baden 2016, 387 S. – ISBN 978-3-8487-2288-4

In den Wirtschaftswissenschaften wird das Konzept des „Nudging“ seit Jahren lebhaft diskutiert, angestoßen durch ein Buch des Nobelpreisträgers und Verhaltensökonom Richard Thaler aus Chicago und des Verfassungsrechtlers Cass Sunstein von Harvard. In Berlin hatte der „Verfassungsblog“ deshalb im Januar 2015 zu einer Tagung eingeladen, um das Konzept rechtswissenschaftlich zu diskutieren. Das vorliegende englisch-sprachige Buch sammelt in seinem ersten Teil Beiträge von dieser Konferenz; ein zweiter Teil präsentiert Bilder von der Tagung, ein dritter Teil Blogposts vom April 2015 zum selben Thema.

„Nudging“ liegt die verhaltensökonomische Erkenntnis zugrunde, dass Menschen tatsächlich ihre Entscheidungen nicht lediglich an wirtschaftlichen Interessen ausrichten, sondern durch Institutionen, kulturelle Ordnungen, aber auch durch Routinen und Stereotype beeinflusst werden. Wer Entscheidungen anderer Menschen lenken möchte, kann dies also tun, indem er oder sie bestimmte „Choice Architectures“ etabliert, d.h. Informationen auf eine bestimmte Art und Weise präsentiert, bestimmte Entscheidungsoptionen administrativ-organisatorisch vereinfacht und andere erschwert oder „default rules“ (dispositive Regeln) festlegt, die nur für bestimmte Optionen ein Handeln (opt-out oder opt-in) erforderlich machen. „Nudges“ entstehen z.B., wenn diejenigen, die keine Betriebsrente wünschen, eine ausdrückliche Erklärung abgeben müssen; wenn bestimmte Warengruppen in Einzelhandelsunternehmen in Griff- und Sichthöhe präsentiert werden; oder wenn Produkte mit Warnhinweisen versehen werden.

Die Verhaltensökonomie fordert die Wirtschaftswissenschaften heraus, da sie ein Umdenken im Hinblick auf die theoretischen Annahmen verlangt, die herkömmlich mit dem homo oeconomicus verbunden sind, insbesondere die Annahme, Menschen richteten ihr Verhalten in erster Linie an ihren wirtschaftlichen Eigeninteressen aus. Für das Zivil- und Wirtschaftsrecht spielen diese Erkenntnisse ebenfalls eine große Rolle, ermöglichen sie doch ein genaueres Nachdenken über die Rechtfertigung, die Zielrichtung und den Zuschnitt von Regelungen, die (z.B.) Verbraucherinnen und Verbraucher vor dem „Nudging“ von Unternehmen schützen könnten. Darum geht es im besprochenen Buch jedoch nicht; es beschäftigt sich fast ausschließlich mit „Nudging“ als Instrument staatlicher Machtausübung – z.B.

* Prof. Dr. Eva Kocher lehrt Bürgerliches Recht, Europäisches und Deutsches Arbeitsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder).

wenn eine Regierung vor der „Osho-Bewegung“ als „Jugendsekte“ warnt¹ oder Anregungen zu gesundheitsbewusstem Verhalten gibt, wenn vor jeder Abtreibung eine Pflichtberatung verlangt wird oder das Elterngeldrecht Vorteile bei Partnerschaftlicher familiärer Arbeitsteilung gewährleistet – letzteres ein Lieblingsbeispiel in der bisherigen deutschen Debatte, das allerdings wohl allenfalls als „Hybrid zwischen Nudge und Incentive“ einzuordnen ist.²

Christopher McCrudden und Jeff King weisen in ihrem Beitrag (S. 75 ff) darauf hin, dass Sunstein neben einer pragmatischen und politikberatenden Zielrichtung sein Konzept immer auch mit großen Worten als „neue Bewegung“ bewirbt. Sunstein selbst präsentiert sich hier allerdings eher von seiner pragmatischen Seite. Sein Beitrag geht von der Feststellung aus, Nudging sei gesellschaftlich so allgegenwärtig, dass es witzlos („pointless“) sei, sich grundsätzlich dagegen zu wenden; eine abstrakte ethische Betrachtung könne sogar ernsthaft Verwirrung stiften, wenn sie zu mehr als für einen Einstieg ins Thema in Anspruch genommen werde. Er unternimmt es dann vor allem, ein Raster für die Bewertung staatlicher Handlungsinstrumente jenseits des Zwangs und des wirtschaftlichen Anreizes zu entwerfen: Je nach Mechanismus wirkten Nudges unterschiedlich. Sie könnten nach ihren Zielsetzungen oder nach ihrer Effektivität bewertet werden, oder auch danach, ob der Nudge irrationale/schlechte Entscheidungen erschwere oder umgekehrt rationale/bessere Entscheidungen nahelege.

Dennoch schließt die Mehrzahl der Beiträge zunächst am philosophischen Pathos der abstrakten Debatte an. Obwohl auch hier betont wird, wie schwierig ein abstraktes Sprechen über Nudging sei, arbeitet sich eine Reihe von Autoren vor allem am Begriff des „liberalen Paternalismus“ ab, mit dem Sunstein und Thaler die Wertordnung gekennzeichnet haben, die sie mit „nudging“ als möglichem staatlichem Regelungskonzept verbinden (Stichworte: „Erziehung durch den Staat“ bei Uwe Volkmann, S. 141 ff oder Robert Neumann, S. 197 ff; „normativer Individualismus“ bei Hans Michael Heinig S. 319 ff). Bei der Lektüre erhärtet sich der von Sunstein geäußerte Verdacht, Einwände gegen „Nudging“ richteten sich vor allem gegen Regelungen, die gewachsene Institutionen und Herkommen in Frage stellen, beruhten also letztlich auf einer starken Position für spontane Ordnung und „invisible hands“ (S. 33). Lediglich McCrudden/King gehen darauf ein, dass Nudging im Vergleich mit anderen staatlichen Regelungsinstrumenten die geringste Eingriffstiefe aufweisen. Sie fragen deshalb umgekehrt, ob sich in der Konjunktur dieses Konzepts nicht eine gewisse Hilflosigkeit angesichts wirksamen Widerstandes gegen zwingende Regelungen zeige, und beziehen sich damit auf den US-amerikanischen Kontext, aus dem die

1 BVerfGE 105, 279 (siehe van Aaken im besprochenen Buch S. 184 f; vgl. auch die bei Lübke-Wolff S. 255 ff behandelte Rechtsprechung des BVerfG).

2 Wolff im besprochenen Buch S. 255 ff (Zitat: S. 258); vgl. auch Wolff, Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein aus rechtswissenschaftlicher Sicht, RWiss 2015, S. 195 ff.

Begriffe und Konzepte kommen. Nicht zu Unrecht wundern sich deshalb Emanuel Towfigh und Christian Traxler in ihrem Blogbeitrag (S. 323 ff), dass ein in den regelungsscheuen USA entwickeltes Regelungskonzept ausgerechnet im regelungsfreundlichen Europa solche Abwehrreaktionen erzeugt.

Lediglich Morag Goodwin (S. 285 ff) thematisiert das eigentliche normative Problem des „Paternalismus“: Sollten Politik und Recht die empirisch feststellbaren Bedingungen menschlicher Entscheidungsfindung zugrunde legen oder ein normatives Ideal der autonomen Entscheidung? Demokratie setze voraus, dass man so handle, als würden Menschen sich rational verhalten. Aber auch diese These setzt ein bestimmtes Verständnis von „Rationalität“ voraus, das nicht benannt wird. So meint z.B. Gebhard Kirchgässner (S. 229 ff), es gebe keinen notwendigen Widerspruch zwischen normativem Individualismus und Paternalismus, wenn man zugestehe, dass Individuen nicht nur ihre Handlungen, sondern auch ihre Präferenzen reflektieren könnten. Nudging-Maßnahmen könnten insofern als Anstoß für die Reflektion und damit Erhöhung der Autonomie und Rationalität von Entscheidungsfindung konzipiert werden.

Was diese pragmatische Stoßrichtung der Nudging-Debatte angeht, erschöpft Sunsteins Beitrag (S. 21 ff) in seiner Differenziertheit das Thema schon so weitgehend, dass die übrigen Beiträge sich eher als Variationen und Illustrationen seines Textes lesen. Bei einer konkreten verfassungsrechtlichen Betrachtung stellen sich im Einzelnen vor allem Fragen der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz (Anne van Aaken S. 161 ff und Gertrude Lübke-Wolff S. 247 ff).

Wie schwierig es konkret ist, die Wirkungen von weichen Instrumenten auf die Entscheidungsfindung zu bemessen, wird dann deutlich in der Auseinandersetzung von Johanna Wolff mit den Partnermonaten im Elterngeldrecht (S. 255 ff). Hier zeigt sich deutlich die Schwäche einer dogmatisch orientierten Rechtswissenschaft, die isoliert einzelne Stichworte aus einer anderen Wissenschaft (hier der Verhaltensökonomie) aufgreift, statt eine Maßnahme interdisziplinär im gesellschaftlichen Kontext zu betrachten. Wolff hält Maßnahmen im Elterngeldrecht, die „soziale Vaterschaft sozial akzeptabler“ machen sollen,³ zwar für verfassungsrechtskonform, aber irgendwie dennoch für problematisch. Das Problem, das sie sieht, entsteht jedoch durch eine Verengung des Blicks. Nicht nur sind Nudges überall; auch staatliche Anreize sind weiter verbreitet als man so glaubt. So sind die familiären Arbeitsteilungen in Deutschland durch starke, rechtlich gerahmte wirtschaftliche Anreize beeinflusst. Die Ökonomie hat diese Wirkungen insbesondere des Ehegattensplitting bereits intensiv analysiert.⁴ Von einer gesellschaftlichen oder rechtlichen Null-Position, die Wolff vorauszusetzen scheint, kann hier keine Rede

³ Meine Übersetzung.

⁴ Eine zusammenfassende Darstellung der Anreizwirkungen findet sich im 2. Gleichstellungsbericht, BT-Drs. 18/12840, S. 179 ff.

sein; sie konzentriert sich gewissermaßen auf eine einzige neue Tür in einem sehr eng gebauten und etwas in die Jahre gekommenen Haus.

Insgesamt enthält das Buch eine Reihe interessanter Anregungen und Betrachtungen. Im Übrigen leidet es jedoch an einer gewissen Redundanz; die rechtliche Relevanz des Konzepts herauszuarbeiten, gelingt letztlich nicht vollständig – was auch an dessen breiter Anlage liegt. Gunnar Folke Schuppert weist in seinem Blogpost (S. 323 ff) zu Recht darauf hin, dass die Verwaltungswissenschaft schon lange einen großen „Instrumentenkasten“ entwickelt habe, der auch Maßnahmen enthalte, die hier als „Nudge“ diskutiert würden. So ganz neu sei dies also alles nicht, und zum Teil scheinen die Ökonom*innen und die Jurist*innen auch in diesem Band aneinander vorbei zu reden.

Weshalb dann die ausführliche Beschäftigung mit diesen Begriffen? Hier kann vielleicht „Teil II“ des Buchs Aufklärung liefern, der auf gutem Papier und in Farbe Bilder von vortragenden und diskutierenden Männern und Frauen in Anzügen präsentiert. Da dies als Abschnitt des Buches nummeriert ist, müssen uns die Bilder etwas zum Verständnis des Buches sagen wollen – aber was? Auffallend ist die große Zahl relativ junger Männer, die in anscheinend lebhaften Gesprächen u.a. mit älteren Herren in legeren Anzügen und mit erhobenen Fingern gezeigt werden. Möglicherweise soll hier präsentiert werden, wie rechtswissenschaftlicher Nachwuchs in Deutschland sich mit etablierten US-amerikanischen Ökonomen austauschen kann; möglicherweise soll hier eine Figur des kommunikativen Rechtswissenschaftlers entwickelt werden, der auf der Höhe der ökonomischen Theorie denkt. Die Gliederung des Buchs in drei Teilen mit unterschiedlichen Textarten und Medien spricht ebenfalls dafür, dass die Kommunikationsformen ein wesentlicher Gegenstand des Buchs sind – auch wenn sie nur implizit thematisiert werden.

In der Sache ist allerdings bedauerlich, dass das Bild der „Entscheidungsarchitektur“ nicht ernster genommen wird, und Gesamtkontexte in den Blick genommen werden. So wird das Marketing durch private Unternehmen in diesem Buch nur ganz am Rande zum Thema, z.B. wenn die Frage in den Raum gestellt wird, ob der Staat private Akteur*innen daran hindern oder umgekehrt sie dazu zwingen darf, Nudging zur Verhaltenslenkung einzusetzen. Erkenntnisse von der Bedeutung von Design als Nudge⁵ oder von der Beeinflussung von Wahlen mit Hilfe von Sozialen Medien geben jedoch Anlass, über die Regulierung von „Choice Architectures“ in einem umfassenderen Sinn unter Einbeziehung privaten Handelns nachzudenken. Der vorliegende Band liefert hierzu eine gute Ausgangsbasis.

5 Norman, *The Design of Everyday Things*, 1988; zum Wettbewerb zwischen digitaler Steuerung und rechtlicher Regulierung vgl. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, 1999.