

Nudges, Recht und Politik: Institutionelle Implikationen

ROBERT LEPENIES, BERLIN & MAGDALENA MALECKA, HELSINKI

Zusammenfassung: In diesem Beitrag argumentieren wir, dass eine umfassende Implementierung sogenannter *Nudges* weitreichende Auswirkungen für rechtliche und politische Institutionen hat. Die wissenschaftliche Diskussion zu Nudges ist derzeit hauptsächlich von philosophischen Theorien geprägt, die im Kern einen individualistischen Ansatz vertreten. Unsere Analyse bezieht sich auf die Art und Weise, in der sich Anhänger des Nudging neuester Erkenntnisse aus den Verhaltenswissenschaften bedienen – immer in der Absicht, diese für effektives Regieren einzusetzen. Wir unterstreichen, dass die meisten Nudges, die derzeit entweder diskutiert werden oder bereits implementiert sind, nicht Teil eines Rechtssystems sind und keinen normativen Charakter haben. Dazu unterscheiden wir zwischen zwei Idealtypen, um menschliches Verhalten zu beeinflussen, die wir als normativ bzw. instrumentell bezeichnen. Diese Idealtypen stehen für verschiedene Weisen, in denen öffentliche Regeln strukturiert werden können; sie erlauben uns, die institutionellen Implikationen von Nudges zu verstehen und zu bewerten. Hier betonen wir den Wert des Rechts als Absicherung gegenüber den möglichen schädlichen Konsequenzen von in der Politik und Regierungsführung eingesetzten Nudges. Unser Beitrag schließt mit Reaktionen auf einige Einwände, die unsere Vorschläge bereits erhalten haben.

Schlüsselwörter: Libertärer Paternalismus, Nudge, Recht, Politik, Demokratie

Einleitung

Welche institutionellen Folgen hat die weitreichende Implementierung von Nudges als Instrumente der Politik? Führt die Anwendung von Erkenntnissen aus den Verhaltenswissenschaften durch Nudges zu einem veränderten Rechtsverständnis? Wie sehen Recht und Politik in einer *nudge world* aus?¹ Unser Ziel ist es, zu diesen Fragen einige Antworten zu liefern.

Besonders Rechtswissenschaftler zeigen sich in jüngster Zeit fasziniert von Nudges, Entscheidungsarchitekturen und verhaltenswissenschaftlichen Instrumenten (siehe z.B. Alemanno und Sibony 2015; Micklitz 2015; Cserne 2015, Hacker 2016). Das fasziniert uns wiederum, denn Nudges haben zunächst nicht viel mit dem Recht zu tun – sie steuern menschliches Verhalten nicht *durch* das Recht, sondern gewissermaßen *außerhalb* des Rechts. Dies führte uns zu dem Verdacht, dass die institutionellen Auswirkungen von Nudges bislang nur ungenügend beachtet worden sind.² Wir wollen das Politik- und Rechtsverständnis der Vertreter des Nudging rekonstruieren und dessen institutionelle Auswirkungen beschreiben. Uns ist es hier wichtig, speziell über Nudges, und nicht nur über Entscheidungsarchitekturen zu sprechen. Es sind Nudges, die einen Bruch mit einem traditionellen Verständnis von der Beeinflussung von Verhalten in Demokratien bedeuten.

Im Folgenden erklären wir, weshalb wir uns im Beitrag auf Nudges, und nicht auf Entscheidungsarchitekturen konzentrieren. Für uns ist der Begriff „Entscheidungsarchitektur“ (*choice architecture*) ein „Empty Signifier“ (siehe auch Bettiza

1 Jeremy Waldron hat den treffenden Begriff einer *nudge world* geprägt – er beschreibt eine Gesellschaft, in der Nudges umfassend von Recht und Politik implementiert werden (Waldron 2014).

2 Einige der hier aufgeführten Argumente haben wir in Lepenies und Malecka 2015 skizziert.

2014; Offe 2009; Laclau 1996). Von Befürwortern des Nudging wird oft darauf verwiesen, dass eine Unvermeidbarkeit von Entscheidungsarchitekturen bestünde – gleichzeitig wird der Term aber tautologisch definiert als „Kontext, in dem Entscheidungen getroffen werden“. Die zentrale Frage an den libertären Paternalismus ist allerdings nicht die der Legitimität von Entscheidungsarchitekturen, sondern – wie wir hier ausführen werden – ob bestimmte Interventionen (wie etwa Nudges) zulässig sind, wie Verhalten in Demokratien gesteuert werden darf und was die institutionellen Auswirkungen einer weitreichenden Verwendung von Nudges sind. Der Term „Entscheidungsarchitektur“ verschleiert den intentionalen Charakter von Nudges als Instrumente in Politik und Recht (siehe hierzu auch Barton & Grüne-Yanoff 2015).

Entsprechend argumentieren wir, dass eine umfassende Implementierung von Nudges den Charakter öffentlicher Institutionen verändert. Dabei unterscheiden wir zwei Idealtypen, um menschliches Verhalten durch Recht und Politik zu beeinflussen, die wir *normativ* bzw. *instrumentell* nennen. Diese Unterscheidung hilft uns zu verstehen und zu bewerten, wie Nudges operieren. Gleichzeitig wird damit die Spannung zwischen bestimmten verhaltenswissenschaftlichen Instrumenten und öffentlichen Institutionen sichtbar. Unser Vorschlag unterstreicht die Bedeutung von Recht als Absicherung gegenüber den schädlichen Implikationen von Nudges. Er schließt mit Ausführungen zu einigen Einwänden, die gegen unsere Vorschläge bereits vorgebracht wurden.

Der Erfolg von Nudges in öffentlichen Institutionen

In den Rechts- und Verwaltungswissenschaften findet momentan eine weitreichende intellektuelle Transformation statt (siehe Shafir 2013; Ulen 2014). Verhaltenswissenschaftliche An-

sätze und Erkenntnisse werden vielfach diskutiert und oftmals begeistert rezipiert – in der Theorie ebenso wie in der praxisnahen Forschung. Zugleich spielen verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse im öffentlichen Leben eine immer größere Rolle.

Es ist leicht sichtbar, weshalb Nudges so attraktiv für Politiker sind: Viele verhaltenswissenschaftlichen Instrumente sind effektiv, günstig und effizient. Gesetzgeber haben die Vorteile des Nudging erkannt – deshalb erleben wir momentan eine rapide Entwicklung von verhaltenswissenschaftlicher Gesetzgebung, die in der empirischen Literatur mittlerweile als „behavioral governance“ erforscht wird (Straßheim & Korinek 2016). Besonders eindrucksvoll ist hier die Exekutivverordnung des US-Präsidenten Barack Obama (Executive Order No. 13707, 2015 – *Behavioral Science Insights Policy Directive*), die öffentlichen Verwaltungen empfiehlt, sich verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse zu bedienen, und ein *Social and Behavioral Sciences Team (SBST)* etabliert. Im deutschen Kanzleramt gibt es unter dem Namen „Wirksam regieren“ ebenfalls ein Team von Verhaltenswissenschaftlern. Vorreiter war hier das Vereinigte Königreich, in dem das bekannte *Behavioural Insights Team* (BIT oder auch *Nudge Unit*) als erste Regierungsorganisation verhaltenswissenschaftliche Ansätze nutzen konnte. Ähnliche Entwicklungen der institutionellen Verankerung verhaltenswissenschaftlicher Ansätze gibt es in der Europäischen Kommission und der Weltbank.

Über die Definition von „Nudges“

Das wohl bekannteste verhaltenswissenschaftliche Instrument, das in diesen Institutionen verwendet wird, ist das Nudging. Ein Nudge ist ein Politikinstrument, das empirische Erkenntnisse über Gewohnheiten menschlichen Verhaltens, die in Psycholo-

gie, Entscheidungstheorie und Verhaltensökonomie gewonnen wurden, nutzt, um menschliches Verhalten zu steuern. Für die Befürworter des Nudging geht es bei Nudges nur um den sanften „Stups“, mit dem Menschen dazu gebracht werden, eine bestimmte Handlung auszuführen. Weiterhin sollen Nudges sich besonders dadurch auszeichnen, dass sie wohlfahrtsfördernde Auswirkungen haben, gleichwohl aber volle Wahlfreiheit lassen.

Thaler und Sunstein (T&S), in ihrem Buch „Nudge“ (2008), definieren Nudges wie folgt:

A nudge (...) is any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. (p. 6)

Die meisten philosophischen Arbeiten zum Thema setzen sich mit ebendieser Definition auseinander und versuchen sich dann an einer Umformulierung oder Präzisierung. Dies gestaltet sich vor allem dadurch schwierig, da viele von Thaler und Sunstein selbst gegebene Beispiele nicht unter die eigene Definition fallen (Hausman & Welch 2010). Eine gute Zusammenfassung über solche Versuche liefern Barton & Grüne-Yanoff (2015, p. 342–344). Unser Vorschlag reiht sich hier ein. Unserer Ansicht nach ist ein Nudge eine Technik zur Verhaltensbeeinflussung, deren spezielle Charakteristiken wir in der Sektion „Zwei Idealtypen der Verhaltensbeeinflussung“ beschreiben.

Tatsächlich herrscht Verwirrung in Literatur und öffentlicher Debatte bezüglich des Konzepts Nudging – die zum großen Teil auf die Entstehung des Wortes selbst zurückgeht. So war das Konzept von Anfang an an eine bestimmte normative Perspektive, nämlich die des Libertären Paternalismus, gebunden.

Dies macht eine Entflechtung und die weitere Verwendung des Begriffs sehr schwierig. Für die Zwecke dieses Texts bezeichnen wir Nudges als jene Politikinstrumente, die sich auf Erkenntnisse der Verhaltensforschung stützen und diese bewusst einsetzen, um Verhalten zu beeinflussen, und zwar in einer Art, die sich von rationaler Überzeugung, klassischen Steuerungs- und Kontrollmechanismen oder (materiellen) Anreizen unterscheidet.

Befürworter von Nudges geben selbst höchst unterschiedliche Beispiele. Das Arrangement von Lebensmitteln in der Mensa stellt eine Entscheidungsarchitektur dar. Durch eine bestimmte Anordnung der Lebensmittel wird es möglich, den Besucher zu bestimmten, zum Beispiel gesünderen Entscheidungen zu bewegen. Sind etwa Obst und Gemüse auf Augenhöhe und einfach erreichbar, und nicht etwa Desserts und Schokolade, so wissen wir aus der Verhaltenswissenschaft, dass Menschen hier die Auswahl für gesündere Lebensmittel treffen. Das Arrangieren von Speisen zählt als Nudge. Ein anderes Beispiel für einen Nudge ist die Verwendung von Voreinstellungen (*default options*). Die Nutzung von automatischen Teilnahmeregelungen bei privaten Rentenversicherungen beispielsweise hat zur Folge, dass viel mehr Arbeitnehmer in eine private Rentenversicherung einzahlen (*status quo bias*) als wenn Sie nicht automatisch teilgenommen hätten. Diese Voreinstellungen bringen Arbeitnehmer also dazu, mehr zu sparen.

Es gibt unauffällige und kleine Nudges (wie beispielsweise die Umformulierung von kommunalen Steuerbescheidsanschreiben). Aber es gibt auch strittige Nudges, bei denen es um wichtige politische und ethische Fragen geht (wie beispielsweise der Wechsel zu einer automatischen Teilnahme bei der Organspende).

Das Ziel ist hier, die Kerncharakteristiken jener Politikinstrumente hervorzuheben, die Nudges genannt und als solche

verfochten werden. In diesem Beitrag geht es uns zunächst um Nudges, die nichtnormativ und nichtkognitiv sind: sie beeinflussen Verhalten, ohne dass Handlungsgründe gegeben werden, und wirken außerdem unbewusst.

Mit wachsendem Interesse und steigender Faszination nimmt auch die Verwirrung zu, was einige Aspekte des Nudging betrifft. Glücklicherweise sind jüngst einige erhellende philosophische Beiträge zum Thema erschienen.

Nudging und praktische Philosophie: Die bisherige Debatte

Thaler und Sunstein haben verdienstvoller Weise ein umfassendes Programm entwickelt, das verhaltenswissenschaftliche Ansätze in die Politik übertragen soll (Thaler & Sunstein 2001; Thaler & Sunstein 2008; Sunstein 2014a; Sunstein 2014b; Sunstein & Thaler 2003a; Sunstein & Thaler 2003b; Sunstein 2000). Sie verteidigen Nudging als libertär-paternalistisches Politikinstrument, das öffentlichen Institutionen erlauben soll, Erkenntnisse der Verhaltenswissenschaften zu nutzen, um Menschen zu wohlfahrtssteigernden Entscheidungen zu steuern – und ihre Wahlfreiheit dabei intakt zu lassen.

In der derzeitigen philosophischen Debatte über Nudging wurden bislang hauptsächlich die komplexen Beziehungen zwischen Konzepten der Autonomie, der Freiheit und der Rationalität debattiert: wie diese verstanden werden sollen, wie sie mit Nudges zusammenhängen und ob man sie womöglich umdefinieren müsse. Die Diskussion über den möglichen Verlust von Autonomie und Freiheit ist in der Diskussion über Nudging besonders wichtig. Mehrfach wurden Bedenken gegenüber der schädlichen Wirkung von Nudges mit Bezug auf die Autonomie des Individuums geäußert, so beispielsweise bei Hausman &

Welch (2010), Wilkinson (2013), Bovens (2009). Die entgegengesetzte Meinung vertreten Autoren wie Cohen (2013), Barton (2013) und Mills (2015), die argumentieren, dass Nudges Autonomie respektieren oder sogar verstärken können. Es ist auch von großer Wichtigkeit, dass einige Stimmen in der Debatte eine weitgehende Rekonzeptualisierung des Begriffs der Autonomie fordern. Saghai (2013) zum Beispiel hebt hervor, dass wir davon Abstand nehmen sollten, Wahlfreiheit (*choice preservation*) mit Autonomie oder Freiheit gleichzusetzen, solange wir nicht ebendiese Konzepte unter verhaltenswissenschaftlichen Gesichtspunkten neu betrachten: Selbstkontrolle, Selbstbestimmung und Wahlfreiheit benötigen eine komplexere Neudefinierung.

Die derzeitigen philosophischen Debatten konzentrieren sich fast ausschließlich auf die moralischen Grenzen von Nudging und der Verteidigungsfähigkeit des Libertären Paternalismus (Mitchel 2005; Veetil 2011; Bovens 2008). Kritiker wie Hausman und Welch (2010) warnen uns: „Shaping people’s choices for their own benefit seems to us to be alarmingly intrusive“ (S. 131). Sie sorgen sich, dass einige Nudges menschliche Schwächen ausnutzen. Andere hingegen untersuchen, inwiefern Nudges gegen liberale Prinzipien verstoßen (Grüne-Yanoff 2012), oder erforschen das Verhältnis von Nudges und den „fundamental rights of citizens to freedom of expression, privacy, and self-determination“ (Alemanno & Spina 2014, p. 431). Jüngst sind die ersten Beiträge erschienen, in denen über die Bedeutung sozial determinierter Präferenzen gesprochen wird (Guala & Mittone 2015; Whitman & Rizzo 2015; Nagatsu 2015). Teilnehmer dieser Debatten verzichten jedoch darauf, die institutionellen Auswirkungen von Nudges in Politik und Recht zu diskutieren.

Obgleich einige dieser Debatten innerhalb der praktischen Philosophie stattgefunden haben, wurden darin explizit

politische Fragen vergleichsweise selten gestellt. So gibt es beispielsweise kaum eine Auseinandersetzung darüber, ob und wie Nudges aus einer Gerechtigkeitsperspektive bewertet werden müssen (zum Beispiel die Frage, ob Waldrons *nudge world* jemals gerecht sein kann). Diese Bedenken wurden zum Teil von kritischen Rechtssoziologen (z.B. Frerichs 2011) geäußert, sind aber bislang noch nicht in der politischen Philosophie thematisiert worden.³

Warum fehlt es an einer institutionellen Perspektive?

Ein Großteil der Literatur über Nudging vertritt im Kern einen *individualistischen* Ansatz, beginnend mit dem Buch *Nudge* (2008) selbst. Ein solcher individualistischer Ansatz besagt, dass die Relevanz von Nudges eingehend beschrieben werden kann, wenn man die Interaktion zwischen dem „Architekten“ eines Nudges und dessen Rezipienten betrachtet.⁴

Hingegen kritisiert der *institutionelle* Ansatz die individualistische Perspektive und erweitert sie um die Betrachtung von Faktoren, die der Interaktion extern sind. Dazu gehören beispielsweise die rechtlichen und politischen Institutionen, in die ein Nudge eingebettet ist.

3 Freeman (2013) vermutet, dass der Themenkomplex vielleicht einfach nicht wichtig genug sein könnte: „From a progressive liberal perspective, however, libertarian paternalism might seem disappointingly meek. There are limits to what can be accomplished by disclosures, warnings, and default rules. Unlike other progressive measures, nudges are not bold or exciting. They involve no subsidies for infrastructure such as roads, bridges, schools, or other public goods; no social programs to meet basic needs; no redistributions to the poor; no higher taxes on the wealthy.“

4 Grundzüge einer solchen individualistischen Perspektive lassen sich seit J.S. Mill und seinen Ausführungen zum Paternalismus und dem Schadensprinzip nachzeichnen.

Die Arbeiten von Thaler & Sunstein sind durchsetzt mit Anmerkungen über die von ihnen favorisierte institutionelle Grundordnung; trotzdem bleibt ihre Darstellung der Beziehung zwischen Nudges (als eine Art, Verhalten zu beeinflussen) und dem Recht (oder anderen öffentlichen Institutionen, die unser Verhalten beeinflussen) erstaunlich vage. Eine kohärente institutionelle Perspektive fehlt in der Arbeit von T&S, ebenso wie in der folgenden Debatte. Um die Auswirkungen von Nudges zu ermessen, sollten wir jedoch nicht nur betrachten, was ein Nudge mit einem Rezipienten eines Nudges macht (z.B. ob der Nudge paternalistisch ist oder nicht), sondern auch fragen, ob nicht eine weitreichende Einführung von Nudges als Politikinstrumenten ungewollte institutionelle Folgen nach sich zieht (die sich von den Charakteristiken des Instrumentes herleiten).

Natürlich lassen sich Institutionen vielfach definieren. Wir folgen hier Rawls' Definition von Institutionen als „patterns of human conduct defined by public systems of rules“. Hier gilt: „a public system of rules [is one] which defines offices and positions with their rights and duties, powers and immunities, and the like“ (2009, p. 55). Entscheidend ist, dass das Recht eine ebensolche Kerninstitution ist. Es geht bei unserer Analyse um ein besseres Verständnis von Nudges, aber auch um die Auswirkung von Nudges auf öffentliche Institutionen. Der spezifische Fokus liegt auf dem Recht, da dieses einen grundsätzlichen, wenn auch nicht den einzigen Weg zeigt, menschliche Verhaltensmuster – idealerweise im Kollektiv – zu prägen. Institutionen sind also die Regeln, die wir uns selbst geben.

Es gibt viele unterschiedliche Möglichkeiten, wie eine institutionelle Perspektive auf Nudges eingenommen werden könnte. Nur für den Zweck der reinen Exposition möchten wir hier beispielhaft zwei Vorschläge machen, wie solch eine institutionelle Perspektive auf Nudges aussehen könnte: 1) Nudges

und Verteilungsgerechtigkeit und 2) Nudges und Republikanische Freiheit.

- 1) Debatten über die Frage, nach welchen Prinzipien eine Gesellschaft Vorteile und Lasten fair verteilen kann, sind ein Kennzeichen zeitgenössischer politischer Philosophie (zumindest im sogenannten Verteilungsparadigma). Studien zum Verhältnis zwischen verhaltenswissenschaftlicher Gesetzgebung und Verteilungseffekten stecken allerdings noch in ihren Kinderschuhen – philosophische Literatur sucht man hier (noch) vergebens. Dass eine solche institutionelle Perspektive gewinnbringend sein kann, zeigen die Arbeiten von Mullainathan & Shafir (2013), die durch eine verhaltenswissenschaftliche Analyse darlegen, wie ganz normale gesetzliche Anordnungen den ungewollten Effekt haben können, beständig psychologischen Stress bei armen Menschen zu erzeugen. Dies führt dazu, dass arme Menschen einen Großteil ihrer „kognitiven Bandbreite“ für die gleichen Dinge aufbringen, mit denen sich reichere Menschen gar nicht beschäftigen müssen. Für politische Philosophen ist interessant zu beobachten, wie „kognitiver Stress“ ungerecht in der Gesellschaft verteilt ist und wie wir nur durch verhaltenswissenschaftliche Analyse davon wissen. Es zeigt sich ebenfalls, dass verhaltenswissenschaftliche Politikinstrumente möglicherweise zur Erlangung von Verteilungsgerechtigkeit beitragen können.
- 2) Eine ganz unterschiedliche institutionelle Perspektive könnte von zeitgenössischen republikanischen Theoretikern eingenommen werden (wie Philip Pettit 1997), welche vermutlich die institutionellen Auswirkungen von Nudges nicht im Bezug auf Verteilungsgerechtigkeit betrachten, sondern dahingehend, wie diese im Bezug zu

Konzeptionen republikanischer Freiheit stehen. Pettit argumentiert, dass ein Herrschaftsverhältnis (*domination*) zwischen zwei Personen vorliegt, wenn eine Person nach Belieben die Wahlfreiheit einer anderen Person einschränken kann. Pettit fordert nun, dass Institutionen versuchen sollten, solche Herrschaftsverhältnisse zu minimieren – damit Bürger weder einander dominieren, noch von staatsrechtlichen Regelungen selbst dominiert werden. Ein republikanischer Theoretiker ist deshalb vermutlich daran interessiert zu erfahren, ob bestimmte Instrumente Dominanz- oder Beherrschungsverhältnisse ermöglichen oder befördern. Wenn dem so ist, sollte man Nudges ablehnen, da gerade eine weitreichende Anwendung dieser Politikinstrumente Herrschaft institutionalisieren kann. Gibt es einen Widerspruch zwischen der von Pettit geforderten Bestreitbarkeit (*contestability*) gemeinschaftlicher Institutionen und Nudges?

Wir erwähnen diese fehlenden Debatten zum Verhältnis von Nudges und Verteilungsgerechtigkeit oder zur Beziehung von Nudges und republikanischer Freiheit, um die Vorteile einer institutionellen Perspektive auf Nudges aufzuzeigen. Hier ist weitere Forschung nötig.

Nudges sind politisch

Nudges haben eine spezielle politische Dimension.⁵ Ein Nudge umfasst mehr als die Interaktion zweier Individuen. Es geht nicht nur darum, wie Thaler & Sunstein behaupten, dass Nudges sich lediglich darauf beschränken, Menschen zu helfen, in ihrem

5 Siehe dazu Grüne-Yanoff & Barton (2015), die selbstbezogene (*pro-self*) und sozialbezogene (*pro-social*) Nudges voneinander unterscheiden, wenn sie über die politische Natur von Nudges sprechen.

Verhalten zu den von ihnen selbst erstrebten Zielen zu kommen – die sie erreichen würden, wenn sie die Fähigkeit hätten, ihre eigenen Entscheidungen vernünftig zu überdenken. Es geht auch nicht allein darum, mit Hilfe von Nudges Individuen zu rationalen Entscheidungen zu führen und damit ihre Entscheidungsfähigkeit nach eigenem Ermessen zu verbessern. Nudges werden ebenfalls genutzt, um bestimmte gesellschaftliche Ziele zu erreichen – wie man es beispielsweise explizit in Obamas Exekutiv-anordnung sehen konnte. Dies ist der Kernaspekt, der Nudges politisch macht: Nudges sind stets von einem Entscheidungsträger veranlasste intentionale Akte. Oft zielen Nudges auf die Erreichung gesellschaftlicher Ziele ab. Manchmal geht es dabei darum, diese Ziele ganz unabhängig von den Auswirkungen zu erreichen, welche die Anwendung von Nudges auf die Entscheidungsfähigkeit des Einzelnen hat. Deswegen kann eine normative Theorie des Nudging den unterschiedlichen normativen Status der Teilnehmer nicht außer Acht lassen. Die Veranlasser von Nudges sind zumeist offizielle gesellschaftliche Entscheidungsträger, die das Verhalten der von ihnen Regierten zu steuern versuchen. Die Rezipienten von Nudges sind zumeist Bürger, deren Verhalten für das Erreichen gesellschaftlicher Ziele ausschlaggebend ist. Es liegt auf der Hand, dass Nudges zwischen der Regierung und ihren Bürgern einen anderen normativen Charakter haben als Nudges zwischen Privatpersonen. Deshalb müssen unterschiedliche Funktionen unterschieden werden, die Nudges haben können. Wir unterscheiden zwei Gründe, weshalb Entscheidungsträger (T&S nennen sie oft neutral und apolitisch *planners*) Entscheidungsarchitekturen verbessern möchten.

Erstens zielen manche Nudges darauf ab, individuelle Entscheidungsfähigkeiten zu verbessern oder das Verhalten von Menschen in rationale Bahnen zu lenken – wie diese es selbst im eigenen Ermessen einschätzen würden.

Zweitens zielen manche Nudges darauf ab, wünschenswerte gesellschaftliche Ziele zu erreichen, und zwar unabhängig davon, welche Effekte Nudges auf die Entscheidungsfähigkeit von Individuen haben (Beispiel hierfür wäre eine automatische Teilnahme an Organspendeprogrammen).⁶

Die derzeitige Paternalismusdebatte dreht sich zumeist um solche Nudges, die versuchen, individuelle Wohlfahrt zu steigern, die als individuelle Präferenzsatisfaktion verstanden wird. Unsere Unterscheidung macht deutlich, dass Befürworter des Nudging sich nicht nur zum Ziel gesetzt haben, individuelle Verhaltensfehler oder kognitives Unvermögen zu korrigieren, um Menschen zu ermöglichen, die von ihnen selbst gewünschten Ziele zu erreichen. Ein weiteres, vor allem in der analytischen Debatte oft verklärtes Motiv ist es, Politik und Recht effizienter zu gestalten, um damit Zustände zu erreichen, die (aus Sicht der *planners*) gesellschaftlich wünschenswert sind, wie beispielsweise die öffentliche Gesundheitsversorgung. Hier zeigt sich, dass es eines institutionellen Rahmens bedarf, um solche Politikinstrumente kritisch zu untersuchen – und damit sicherzustellen, dass die Ziele von Entscheidungsträgern sich mit gesellschaftlich erwünschten Politikzielen und -mitteln vertragen. In jedem Fall sollten die Ziele und Mittel unserer Entscheidungsträger nicht versteckt sein. Ein solcher institutioneller Rahmen ist aber auch für Nudges der ersten Art wichtig – auch wenn der Grund für eine kritische Einschätzung ein anderer ist. Entscheidungsträger, *planner* oder auch Entscheidungsarchitekten machen manchmal Fehler, wenn sie – selbst in bester

6 Häufig kann ein Nudge, der die individuelle Urteilskraft verbessert, gleichermaßen die soziale Wohlfahrt steigern (Beispiele sind sowohl die automatische Teilnahme an Organspendeprogrammen als auch die automatische Beteiligung an Altersvorsorgeprogrammen). Die beiden Funktionen überschneiden sich also.

Absicht – die Präferenzen von Individuen zu identifizieren und Nudges zu implementieren versuchen, die auf die Verbesserung der individuellen Entscheidungsfähigkeit abzielen. Solche Fehler können unter Umständen Individuen schaden, so dass Entscheidungsträger den Gebrauch ihrer Politikinstrumente in einem institutionellen Rahmen rechtfertigen müssen (Wir werden später darauf eingehen, dass dies aufgrund des nichtkognitiven und nichtnormativen Charakters von Nudges nur schwer möglich ist). Nudges, welche die zweite Funktion erfüllen und bestimmte gesellschaftliche Ziele wollen, müssen ebenfalls einer kritischen, öffentlichen Begutachtung standhalten können. Denn gesellschaftliche Ziele dürfen nicht allein von Entscheidungsträgern und -architekten festgelegt werden – zumindest nicht in einem demokratischen System.

Es ist ferner ein dezidiert „politisches“ Problem, dass Befürworter des Nudging einen bestimmten Ausschnitt der verhaltenswissenschaftlichen Literatur nutzen, um ihre Politikvorschläge zu machen. Die Übersetzung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse in Politik bedarf einiger Kreativität und Anstrengung, und Befürworter des Nudging haben beides an den Tag gelegt. Wie genau diese Übersetzung allerdings funktioniert und wie die Institutionen einer *nudge world* letztendlich aussehen, hängt im entscheidenden Maße auch davon ab, welchen verhaltenswissenschaftlichen Theorien man Glauben schenkt.

Wir möchten dies kurz an einem Beispiel erläutern. Das Konzept des *bias* (Urteilsfehler oder Verzerrungen) wird von Nudging-Befürwortern kontinuierlich benutzt. Biases sind systematische Fehler, die während eines Entscheidungsprozesses gemacht werden (nach Tversky & Kahneman 1974).

Allerdings gibt es eine anhaltende Grundsatzdebatte darüber, ob a) bestimmte Verhaltensmuster den Namen *bias* verdienen und ob b) ein sogenanntes *de-biasing* überhaupt mög-

lich ist.⁷ Befürworter des Nudging sind nicht konsistent in der Art, wie sie mit solchen *biases* umgehen. Manchmal scheint es, Entscheidungsträger müssten die Bürger von ihren *biases* befreien – in anderen Augenblicken werden *biases* ausgenutzt, um andere gesellschaftliche Ziele zu erreichen. Manchmal wird ein *bias*, der beispielsweise auf der Verfügbarkeitsheuristik⁸ beruht, genutzt um Leute dazu zu bringen, bessere Entscheidungen zu treffen (Sunstein 2013, p. 130–134): Ein Beispiel ist die automatische Teilnahme an einem Rentenversicherungsprogramm („*Save more tomorrow*“), mit dem sich individuelle Trägheit umschiffen lässt. Andere Ansätze zielen speziell auf das sogenannte *de-biasing* ab (siehe Soll et al 2015). In den Beispielen zeigt sich, dass die empirische Fundierung der Nudging-Politik fragwürdig ist und dass es Befürwortern nicht darum geht, Institutionen zu entwickeln, die auf eine bestimmte Art konsistent mit Formen des *bias* umgehen. Dies zeigt wie empirische Evidenz mit normativen und politischen Rechtfertigungen von

7 Hier ist die Debatte zwischen Kahneman und Gigerenzer wichtig, in der es darum geht, wie Fehler, Unvermögen und *bias* verstanden werden sollen und ob die Nutzung von Heuristiken systematisch fehlerhaft ist und einen *bias* darstellt (Kahneman 2012) oder nicht (Gigerenzer 2000; Gigerenzer & Todd 1999). Andere Debatten, zum Beispiel über die Natur psychologischer Kategorien (*System 1* und *System 2*), werden in ähnlicher Weise diskutiert und angefochten. In der psychologischen Literatur selbst sind viele Konzepte weniger klar, als sie von Nudging-Befürwortern wiedergegeben werden. Es scheint, als ob wir oftmals die psychologischen Mechanismen dessen, was wir *bias* nennen, noch nicht richtig verstehen. Hier stellt sich also die Frage, inwiefern die Auswahl oder die Nachzeichnung der verhaltenswissenschaftlichen Literatur von Befürwortern des Nudging selektiv oder angemessen ist und wie robust die psychologischen Verhaltensmuster sind, auf denen die *nudge world* gebaut werden soll.

8 Heuristiken sind mentale *shortcuts*, gedankliche Hilfsmechanismen, die Menschen das Entscheiden vereinfacht (Kahneman & Tversky 1982). *Availability heuristics* wurden unter anderem von Tversky & Kahneman (1974) besprochen.

Nudges verwoben sind. Debatten wie die zwischen Gigerenzer und Sunstein und anderen zeigen auch, dass Befürworter und Kritiker von Nudging unterschiedliche Menschenbilder haben und die diesen Menschenbildern zugrunde liegende verhaltenswissenschaftliche Literatur anders interpretieren. Dies hat Auswirkungen auf die Frage, welche Art öffentlicher Institutionen wir uns eigentlich wünschen.

Zwei Idealtypen der Verhaltensbeeinflussung

In diesem Abschnitt stellen wir zwei Idealtypen vor, die beschreiben, wie menschliches Verhalten beeinflusst werden kann. Diese Idealtypen stehen für unterschiedliche Weisen, in denen öffentliche Regeln von Entscheidungsträgern behandelt werden. Die beiden Idealtypen entsprechen also zwei verschiedenen Konzeptionen öffentlicher Ordnung: Institutionen versuchen das Verhalten von Menschen entweder auf normative, oder auf nichtnormative Weise zu beeinflussen.

Mit Max Weber verstehen wir Idealtypen als Konzepte, die bestimmte Aspekte eines zu analysierenden Phänomens stark stilisiert darstellen. Weber schreibt:

[Ein Idealtypus] wird gewonnen durch einseitige Steigerung eines oder einiger Gesichtspunkte und durch Zusammenschluss einer Fülle von diffus und diskret, hier mehr, dort weniger, stellenweise gar nicht, vorhandener Einzelercheinungen, die sich jenen einseitig herausgehobenen Gesichtspunkten fügen, zu einem in sich einheitlichen Gedankenbilde. In seiner begrifflichen Reinheit ist dieses Gedankenbild nirgends in der Wirklichkeit empirisch vorfindbar, es ist eine Utopie. (1968, p. 191)

Wir konstruieren Idealtypen in heuristischer Absicht und hoffen dadurch, Nudges klarer zu analysieren und besser zu ver-

stehen, wie sich Nudges zu öffentlichen Institutionen verhalten. Gleichzeitig bieten Idealtypen auch Ansatzpunkte, um bewerten zu können, inwiefern Nudges einer bestimmten Art der Verhaltensbeeinflussung nahestehen.

Wie wirken sich Nudges auf menschliches Verhalten aus? Wir unterscheiden eine normative und eine instrumentelle Art der Verhaltensbeeinflussung.

Der Idealtyp der *normativen* Art, Verhalten zu beeinflussen hat die folgenden Eigenschaften:

Erstens besteht bei diesem Idealtyp die Maßgabe, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten. Zweitens erkennen Akteure diese Maßgabe, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten. Die Maßgabe wird somit von ihnen als Handlungsgrund betrachtet. Drittens ist diese Maßgabe kognitiv zugänglich – dies ist eine notwendige Bedingung für die effektive Reaktion auf diese Art der Verhaltensbeeinflussung.

Der Idealtyp der instrumentellen Art, Verhalten zu beeinflussen hat hingegen die folgenden Eigenschaften:

Erstens beinhaltet dieser Idealtyp einen Wandel des individuellen Entscheidungskontexts. Zweitens reagieren Akteure auf diese Veränderung in der Entscheidungsarchitektur (denn sie wirkt sich beispielsweise auf Emotionen, persönliches Risikoempfinden etc. aus). Drittens muss die Veränderung in der Entscheidungsarchitektur nicht kognitiv erkennbar sein, um effektiv das Verhalten des Individuums zu verändern. Mit anderen Worten: die nichtkognitive Reaktion eines Akteurs auf diese Art der Einflussnahme ist eine hinreichende Bedingung für die Effektivität dieses Idealtyps.

Wir argumentieren, dass der erste Idealtyp die Wirkungsweise demokratischer Rechtsnormen approximiert, wohingegen der zweite Idealtyp die Wirkungsweise von Nudges approximiert.

Wir betrachten Nudges als Politikinstrumente, die menschliches Verhalten in nichtnormativer Weise beeinflussen, da sie nicht über oben beschriebene Maßgaben wirken und somit selbst keinen Handlungsgrund ausdrücken (können). Dies steht ganz im Gegensatz zur Wirkungsweise demokratischen Rechtsnormen.⁹ Selbst Nudges, die Teil einer Rechtsordnung sind – wie Voreinstellungen (*default rules*) – beeinflussen Akteure notwendigerweise, ohne ihnen Handlungsgründe zu geben.

Nudges beeinflussen Verhalten auf nichtkognitive Weise, und es ist für ihre Effektivität hinreichend, wenn sich nichtkognitive Reaktionen auf Merkmale einer Entscheidungsarchitektur vollziehen. Im Fall von Recht und Gesetz ist allerdings ein kognitiver Zugang zu Rechtsnormen, und damit zu Handlungsmaßgaben, eine *conditio sine qua non*, um auf Verhalten einzuwirken. Recht, wenn es irgendeine Wirkung haben soll, muss also zumindest auf minimale Art öffentlich zugänglich und sichtbar sein.

Wir unterstreichen weiterhin, dass diese zwei Idealtypen der Verhaltensbeeinflussung auf zwei unterschiedlichen Grundannahmen über menschliche Handlungslogik (*agency*) beruhen.

Die Einflussnahme auf Verhalten gemäß dem zweiten Idealtyp repräsentiert eine Sicht auf menschliches Handeln,

9 Eine ausführlichere Verteidigung demokratischer Rechtsnormen wurde in Dworkins „Law’s Empire“ (1986) vorgenommen. Hier spiegeln Rechtsnormen im Idealfall ein gesamtgesellschaftliches Gerechtigkeitsverständnis kohärent wieder. Dworkin bietet eine normative Verteidigung dieses Rechtsverständnisses an („Law as Integrity“). In unserem Beitrag verfolgen wir nicht das Ziel, eine eigene Auffassung zur Rolle von Rechtsnormen in der Demokratie zu verteidigen, sondern bieten eher eine minimale Rekonstruktion verschiedener Idealtypen und deren Beziehung zum Recht an. Nach unserer Auffassung ist der instrumentelle Weg, Verhalten zu beeinflussen – und damit eben auch die *nudge world* –, inkompatibel mit Dworkins „Law as Integrity“.

in der Entscheidungsträger in Recht und Politik Individuen hauptsächlich als irrationale, emotionsgetriebene, sentimentale, automatisch reagierende Akteure sehen, die selten oder nie über Normen reflektieren, über Handlungsgründe streiten oder Maßgaben hinterfragen. Verhaltensbeeinflussung findet hier statt über die Anpassung und Ausnutzung der vermeintlichen Gleichmäßigkeit menschlichen Verhaltens.

Alternativ ist hingegen die Einflussnahme auf Verhalten gemäß dem ersten Idealtyp Ausdruck einer ganz anderen Sicht auf menschliches Handeln. Hier reagieren Individuen auf Handlungsgründe;¹⁰ Rechtsnormen gelten als Maßgaben, die von Menschen befolgt oder bewusst abgelehnt werden können. Hier approximiert das Recht die normative Art, Verhalten zu beeinflussen. Zugleich kann das Recht aber auch eine wichtige emanzipatorische Funktion haben, indem es nicht nur individuelle Handlungsgründe zu geben versucht, sondern auch gesellschaftliche Ziele nennt, die kollektiv vereinbart wurden und nach denen sich Verhalten ausrichten sollte. Dieses Verständnis menschlichen Handelns ist also auch kompatibel mit demokratischer Deliberation über kollektive Regeln, die sich eine Gesellschaft selbst gibt: kollektive Selbstgesetzgebung.¹¹

10 Diese Sicht auf menschliche Handlungsgründe könnte man weiter ausführen (Parfit 2011; Kolodny 2005; Korsgaard 1996; Wallace 2006).

11 Wir verstehen unter kollektiver Selbstgesetzgebung die Kontrolle, die ein soziales Kollektiv über die Evaluation, Deliberation und Wahl ihrer sozialen Institutionen hat (diese Definition ist inspiriert von einer ähnlichen Autonomie-Definition von Hausman & Welch, 2010). Es gibt mehrere Möglichkeiten, wie man eine normative Verteidigung kollektiver Selbstgesetzgebung formulieren könnte. In diesem Beitrag möchten wir es bei einer bescheideneren Rekonstruktion belassen: Wir setzen voraus, dass kollektive Selbstgesetzgebung ein notwendiger Bestandteil demokratischer Gesellschaften ist und argumentieren, dass der Idealtyp der instrumentellen Beeinflussung von Verhalten mit kollektiver Selbstgesetzgebung unvereinbar ist. Eine *nudge world*

Dies bedeutet, dass es bei der Art, in der Entscheidungsträger Menschen beeinflussen, nicht nur um eine bestimmte Technik der Verhaltenssteuerung geht, die das Verhalten der Bürger beeinflussen soll, um bestimmte gesellschaftliche Ziele zu erreichen. Die beiden Idealtypen der Verhaltensbeeinflussung stellen eben auch verschiedene Auffassungen menschlicher Handlungslogik dar, die institutionell auf jeweils verschiedene Weise umgesetzt werden. Die instrumentelle Art, Verhalten zu beeinflussen, schließt Deliberation über gesellschaftliche Zielkonflikte (und eben auch Diskussionen über die Legitimität von Nudges als Instrumente der Politik selbst) aus. Auf dieser idealtypischen Ebene ist die Handlungslogik nicht mit den demokratischen Grundsätzen vereinbar, die wir als kollektive Selbstgesetzgebung umschreiben. Eine weitreichende Implementierung von Nudges stellt also eine Herausforderung für bestehende Institutionen dar.

Im Speziellen ist hier das Recht selbst betroffen. Idealerweise spiegelt sich im Recht der normative Ansatz, Verhalten zu beeinflussen, wider. Ähnlich sieht es beispielsweise auch Peter Cserne, der davon spricht, dass es zum inhärenten Aspekt des Rechts gehört, Handlungsgründe anzugeben (2015, p. 293). Cserne sagt hier: „little attention has been paid to the specific implications of behavioural insights for legal doctrine and for wider normative aspects of the law“ (p. 279).

Wenn wir nun sagen, dass Nudges die Rechtsordnung unterminieren, dann hängt das vornehmlich damit zusammen,

– d.h. eine Welt, in der Nudges weitreichende Anwendung finden – würde einen solchen Idealtyp darstellen. Unser Argument lässt uns zwar eine Unvereinbarkeit auf der Ebene der Idealtypen feststellen – erlaubt aber nicht, Nudges außerhalb einer solchen *nudge world* zweifelsfrei im Einzelfall als legitim oder nichtlegitim zu bewerten. Unsere Herangehensweise kann allerdings die institutionellen Konsequenzen einer weiten Verbreitung von Nudges bewerten.

dass Nudges auf einem diametral entgegengesetzten Verständnis menschlichen Handelns beruhen.¹² Wir fragen also: Was bedeutet die Beseitigung von Normativität in der Rechtsordnung? Als Antwort liegt eine normative Bewertung nahe – gleichzeitig möchten wir betonen, dass die Methode, zunächst die genannten zwei Idealtypen aufzuzeigen, zunächst das Ziel der Rekonstruktion verfolgt: Aufzuzeigen, wie bestimmte Arten der Einflussnahme auf Verhalten zu bestimmten institutionellen Ordnungen führen. Diese wiederum sind augenscheinlich nicht immer mit grundlegenden, anderen Werten vereinbar, wie wir in der nächsten Sektion zeigen werden.

Nudges werden zwar noch nicht weiträumig eingesetzt. Trotzdem lohnt es sich, Schutzvorkehrungen in Betracht zu ziehen, welche die nichtkognitiven und nichtnormativen Eigenschaften dieser Politikinstrumente sichtbar machen und damit kritische Reaktionen darauf ermöglichen.

Nudges und das Recht

Sind Nudges Teil der Rechtsordnung? Um die institutionellen Folgen von Nudges zu verstehen, schlagen wir vor, zwischen Nudges zu unterscheiden, die bereits Teil einer Rechtsordnung sind, und solchen, die außerhalb der Rechtsordnung stehen. Zunächst ist dies eine Beobachtung ohne große normative Konsequenz: Es ist derzeit einfach meist der Fall, dass Nudges nicht von Parlamenten verabschiedet und in Gesetzen kodifiziert,

12 Hier gibt es eine Ähnlichkeit zum Vorschlag von Hansen & Jespersen (2013). Diese schlagen eine Unterscheidung zwischen transparenten und nichttransparenten Nudges vor, die wir mit unserer Unterscheidung von kognitiven und nichtkognitiven Charakteristiken präzisieren möchten. Hansen & Jespersen nutzen allerdings eine zu breite Definition von transparenten Nudges, was es schwierig macht, transparente Nudges von anderen Instrumenten (Rechtswang, einfachen Hinweisen) zu unterscheiden.

sondern zumeist mit Hilfe administrativer Akte eingeführt worden sind.

Unter diesem Gesichtspunkt sind die oben genannten *default rules* oder Voreinstellungen, eines der wenigen – kontrovers diskutierten – Beispiele für Nudges als Teil der Rechtsordnung. Andere Nudges wie Simplifizierungen, der Gebrauch sozialer Normen, Verbesserungen der Bequemlichkeit und Erleichterung in bestimmten Entscheidungskontexten, Offenlegungsstrategien, Warnungen und die Nutzung von Selbstbindungsstrategien, Erinnerungen und das Entlocken von Implementationsabsichten sowie Informationsdienste zu bereits getroffenen Entscheidungen sind dagegen nicht klarer Bestandteil der kodifizierten Rechtsordnung (Diese Liste unterschiedlicher Nudges beruht auf Sunstein (2014b)). Daraus folgt, dass der intendierte Verhaltenswandel der Rezipienten von Nudges nicht durch das Recht selbst hervorgebracht wird.

Ein gutes Beispiel hierfür sind schockierende Gesundheitswarnungen. Zwar zwingt das Recht den Hersteller der Zigaretenschachteln, diese mit Warnungen zu versehen. Aber es sind diese Warnungen, die Nudges darstellen und die emotionale Effekte auf Konsumenten haben. Konsumenten reagieren in diesen Umständen nicht auf die Rechtsnorm, sondern auf einen Nudge – und zwar in nichtkognitiver Weise. Die Rechtsnorm selbst ist nicht sichtbar, und es ist nicht das Recht, das Menschen vom Rauchen abhält, sondern die bildliche Darstellung, die eine nichtkognitive Reaktion, und damit den gewünschten Verhaltenseinfluss, hervorbringt: in diesem Fall eine Verringerung gesundheitsschädlicher Handlungen (Rauchen).

Ein Grund, warum die meisten Nudges derzeit nicht Teil der Rechtsordnung sind, liegt unserer Auffassung nach darin, dass es Entscheidungsträgern beim Nudging hauptsächlich um die Effektivität des Instruments geht. Nudges, die eben nicht als

Rechtsnormen, sondern nur durch administrative Praxis eingeführt werden, brauchen keine breite politische Unterstützung, keine parlamentarischen Prozesse oder ausführliche Debatten. Insofern ermöglichen Nudges den politischen Entscheidungsträgern, das Verhalten ihrer Bürger schneller und effektiver zu steuern, ohne dabei den (Um-)Weg über legislative und deliberative Prozesse zu gehen.

Das Recht ist eine soziale Institution mit zumeist kodifizierten, öffentlich zugänglichen, anfechtbaren (und oftmals angefochtenen) Rechtsnormen. Das Recht kann also Nudges sichtbar und zugänglich machen – und damit die nichtnormative und nichtkognitive Wirkung von Nudges auf das Verhalten von Bürgern minimieren.

In den nächsten Abschnitten machen wir Vorschläge, wie Nudges innerhalb einer Rechtsordnung sichtbar und erkennbar gemacht werden können. Die Einbettung von Nudges in die Rechtsordnung hat den Zweck, es Akteuren zu ermöglichen, Einflussnahmen auf ihr Verhalten zu erkennen und die rechtlichen Rahmenbedingungen der auf sie einwirkenden Einflüsse kritisch zu hinterfragen.

Es gibt bereits Stimmen, die die mangelnde Sichtbarkeit, institutionelle Intransparenz und fehlende öffentliche Debatte von Nudges kritisieren (Conly 2013; Glaeser 2006; Hansen & Jespersen 2013). Sunstein selbst hat auf diese und ähnliche Kritiken geantwortet, dass Nudges oft sehr sichtbar seien, Transparenz in ihrer Natur läge und Nudges häufig öffentlich debattiert würden (Sunstein 2014a).¹³ Sunstein gesteht ein,

13 Nach unserem Verständnis beruhen Nudges auf der Ausnutzung nichtkognitiver Prozesse. Einige von Sunstein und anderen genannte Beispiele zählen daher für uns nicht als Nudges (wie zum Beispiel Informationsbereitstellung oder Warnungen).

dass Nudges Probleme bereiten, wenn sie auf unbewussten kognitiven Prozessen beruhen oder mit Emotionen verbunden sind (das sogenannte System 1). Sunstein hält es für unvermeidbar, dass menschliche Entscheidungen über das System 1 getroffen werden. Seine Schlussfolgerung: „Therefore, so long as the initiatives are made public and defended on their merits, nudges should not be ruled off-limits merely because they work as a result of the operations of System 1“ (Sunstein 2014a, p. 151).

Besonders die Bemerkung, dass Nudges öffentlich (*public*) zu sein haben, muss kritisch diskutiert werden.

Ein wichtiger, aber unterschätzter Aspekt der Vorschläge von Thaler & Sunstein ist ihre Haltung zur sogenannten Publizität von Nudges (*publicity of nudges*). In „Nudge“ weisen T&S explizit auf John Rawls’ Publizitätsprinzip als eines ihrer Leitprinzipien hin (2008, p. 244) und nennen es „a good guideline for constraining and implementing nudges“ (2008, p. 245).

Wir wenden dagegen ein, dass die „Einverleibung“ von Rawls’ Publizitätskriterium durch T&S fehlgeleitet ist. Zunächst wird von ihnen der Stellenwert des Prinzips bei Rawls selbst verkannt. Rawls wollte, dass das Prinzip nicht auf alle öffentlichen Entscheidungen, sondern hauptsächlich auf die Ersten Gerechtigkeitsprinzipien angewendet wird (Rawls 1999). Weiterhin setzt das Kriterium bei Rawls ein moralisch und rational autonomes Individuum voraus, dem Rechtfertigung für die Gesetze und Regeln, denen es unterliegt, geschuldet wird. Rawls spezifiziert, dass Bürger – so sein Interpret Samuel Freeman – die moralischen Grundlagen kennen müssen, auf denen Zwang und Recht beruhen. Weiterhin müssen Bürger „die wahren Gründe und Umstände sozialen und politischen Lebens kennen“. Hier ist es die Publizität der Ersten Gerechtigkeitsprinzipien, welche „demokratischen Bürgern eine gemeinsame Basis für politische

Argumente und Rechtfertigung“ geben müssen (Freeman 2007, p. 187, unsere Übersetzung).¹⁴

Aber genau dieses Wissen, das so fundamental für die gerechte Gesellschaft bei Rawls ist, ist in einer *nudge world* nur schwer zu erlangen. Im Gegenteil, Nudges vernebeln genau dieses Wissen, wenn sie ohne Sicherheitsmaßnahmen verwendet werden und kein expliziter Teil der Rechtsordnung sind.

Was geschieht, wenn Nudges nicht öffentlich gemacht werden und kein Teil einer Rechtsordnung sind? Können wir uns institutionelle Rahmen vorstellen und Sicherungsmaßnahmen vorschlagen, die uns vor den schädlichen Effekten von Nudges schützen? In der nächsten Sektion machen wir dazu eine Reihe von Vorschlägen.

Zunächst zwei kurze Schlussbemerkungen zum Thema Publizität:

Wir denken, dass es wichtig ist, zwei Arten zu unterscheiden, in denen Nudges öffentlich sein können. Zum einen können sie am Ursprung (*point-of-origin*) öffentlich sein; zum anderen können sie in der Wirkung (*point-of-effect*) öffentlich sein. Diese Unterscheidung hilft, um die verschiedenen Aussagen der Literatur zu ordnen, welche die Transparenz und Publizität von Nudges betreffen.

Unserer Definition zufolge ist ein Nudge am Zeitpunkt des Effekts nichtkognitiv und nichtnormativ: Eine schockierende Gesundheitswarnung auf Zigarettenschachteln kann einen Schock auslösen, ohne dass eine Rezipientin es bemerkt und ohne dass sie durch Gründe oder Zwang überzeugt wird.

Im Gegenteil dazu gilt am Ursprung eines Nudges, dass dieser sowohl kognitiv als auch normativ sein und sogar Zwang

14 Hausman & Welch (2003) sind bislang die einzigen, die eine ähnliche Ungereimtheit zwischen Rawls' Kriterium und dessen Verwendung bei T&S besprechen.

involvieren kann. So ist es beispielsweise möglich, eine parlamentarische Debatte über die Legitimität von Nudges zu führen, die schockierende Gesundheitswarnungen enthalten. Eine solche Debatte und ein auf deren Grundlage erlassenes Gesetz ist sichtbar, erkennbar, nachvollziehbar und öffentlich – in diesem Forum können auch Gründe für oder gegen bestimmte Nudges vorgetragen werden. Zigarettenproduzenten können gleichzeitig gezwungen werden, bestimmte Nudges auf ihre Zigarettschachteln zu drucken.

In einer sehr breiten Konzeptualisierung von Nudges wäre es daher möglich, diesen am Ursprung kognitive und normative Eigenschaften zuzuschreiben. Wir unterstreichen aber, dass es für die institutionellen Auswirkungen von Nudges relevant ist, wie ihre Charakteristiken am Wirkungspunkt sind. Hier sind Nudges nichtnormativ, nichtkognitiv und daher als Politikinstrumente gesondert zu behandeln.

Wenn wir über institutionelle Auswirkungen sprechen, ist der Hinweis auf die diachrone Dimension der nichtkognitiven Effekte von Nudges besonders bedeutsam. Einmal installiert, sind Nudges aufgrund ihrer einzigartigen Natur extrem schwer wahrzunehmen und umzukehren.

Unser Vorschlag möglicher Sicherungsmaßnahmen

Es gibt heute nur sehr wenige Sicherungsmaßnahmen gegen Nudges. Hier möchten wir einige Beispiel bekannter Nudges diskutieren und Wege vorschlagen, wie diese durch Rechtsnormen komplementiert werden können.

Voreinstellungen (*Opt-out*-Organspenden, automatische Rentenversicherungsprogramme) sind Teil des Rechtssystems. Natürlich gab es solche Voreinstellungen, schon lange bevor T&S *Opt-out*-Regeln unterstützt haben. Solche Voreinstellungen gibt

es insbesondere im Vertragsrecht, wo das Verhältnis von Rechten und Pflichten der Vertragspartner gemäß den gesetzlichen Bestimmungen geregelt wird (außer ein Teilnehmer entscheidet sich dafür, seine rechtliche Position anders zu regeln). Im Fall von Voreinstellungen, die ein Nudge sind, ist die Wahl eines Akteurs allerdings bereits festgelegt. Es bleibt nur die Möglichkeit des *Opt-outs*. Voreinstellungen, die als Nudges konzipiert sind, sind also enger zu verstehen als beispielsweise Voreinstellungen wie im Vertragsrecht. Außerdem sind solche Voreinstellungen auch ethisch anders zu bewerten, da das Vertragsrecht historisch und gesellschaftlich gewachsen ist, während Voreinstellungen, die als Nudges dienen, politische Akte sind, die ein bestimmtes Politikziel erreichen wollen. Bei Voreinstellungen schlagen wir also folgenden Mechanismus vor: Jedes Mal, wenn Bürger durch Voreinstellungen mit einem Nudge konfrontiert werden, das ihnen eine bestimmte Wahl nahe legt, sollte es bestimmte Regeln geben, die dem einzelnen Bürger eine aktive Wahl zwischen der Voreinstellung und dem *Opt-out*-Option ermöglichen. Eine solche Auswahl kann aus Bequemlichkeit für den Einzelnen dann auch länger, wenn auch zeitlich begrenzt gültig sein.¹⁵

Unser zweiter Vorschlag: Um Missbrauch von Voreinstellungen zu vermeiden, muss es klare Möglichkeiten geben, Entscheidungsträger verantwortlich für die Einführung von Voreinstellungen zu machen, die individuelle Rechte verletzen oder in anderer Hinsicht gegen Gesetze verstoßen. Generell

15 Unsere Lösung ist der von Sunstein favorisierten ähnlich. Sunstein spricht sich für eine aktive Wahl (*active choosing*) aus. Unser Vorschlag ist stärker, da wir eine Wahl vorschreiben (*required choosing*). Sunstein spricht ebenfalls von dem von ihm bevorzugten „simplified active choosing“ zwischen einer Voreinstellung und dem *Opt-out* (2014c, p. 5). Für Sunstein ist der Vorschlag der vorgeschriebenen Wahl unvereinbar mit seinen libertär-paternalistischen Prinzipien, da die vorgeschriebene Wahl von ihm als Zwang angesehen wird.

sollten Voreinstellungen von einer Nudging-Aufsichtsbehörde als entweder valide oder invalide gekennzeichnet werden. Zum Beispiel könnte es einen halb staatlichen, halb öffentlichen Nudging-Ombudsmann geben, der von Parlamenten bestimmt werden würde. Seine Aufgabe läge darin, eine breite Anzahl gesellschaftlicher und rechtlicher Faktoren zu bedenken, unterschiedliche wissenschaftliche und akademische Perspektiven zu berücksichtigen, um dann zu entscheiden, ob bestimmte Nudges (nicht nur Voreinstellungen) unseren verfassungsrechtlichen Prinzipien und grundlegenden Rechtsnormen entsprechen. Dieser Vorschlag geht weit über die Forderung nach einer rigorosen Evaluation von Nudging-Instrumenten hinaus (durch RCTs und *regulatory impact assessment*, wie von Alemanno & Spina 2014 vorgeschlagen).

Weiterhin möchten wir nun schockierende Gesundheitswarnungen besprechen, die zurzeit nicht Teil des Rechtssystems sind und die über die Ausnutzung von Verfügbarkeitsheuristik funktionieren. Potenzielle Konsumenten reagieren effektiv auf Warnungen auf Zigarettenschachteln – aber sie reagieren nicht effektiv auf Rechtsnormen, wenn sie schockierende Bilder sehen. Die Nutzung von Verfügbarkeitsheuristik ist hier kein bewusster Prozess und kann nicht einfach kontrolliert werden. Wir sind der Meinung, dass solche schockierenden Gesundheitswarnungen durch Informationen über den rechtlichen Rahmen und die rechtlichen Ursprünge solcher Warnungen ergänzt werden müssen, damit ein Missbrauch solcher Politikmaßnahmen verhindert werden kann.

Natürlich besteht hier die Aussicht, dass diese rechtlichen Lösungen zu einer niedrigeren Effektivität der Politikinstrumente führen. Unsere Sicherungsmaßnahmen könnten die Effektivität von Nudges verringern, besonders die Effektivität solcher Nudges, die „im Dunkeln“ funktionieren. Paradoxerweise

ist die verringerte Effektivität eines Nudges kein offenkundiges Malus, sondern vielmehr ein Warnhinweis. Wir sollten Nudges gegenüber skeptischer sein und Nudges gegenüber, die beim Aufdecken eine statistisch niedrigere Wirkung zeigen, einen hohen Anfangsverdacht hegen. Dies könnte bedeuten, dass Menschen, die sich der Auswirkung und Funktionsweise von Nudges vergewissern, diesen aus guten Gründen ablehnend gegenüberstehen. Dies könnte als ein guter Indikator angesehen werden, weshalb bestimmte Nudges illegitim sind.

Ein weiterer Weg, um Nudges sichtbarer zu machen wäre es, ein öffentliches Zentralregister aller bestehenden Nudges – insbesondere derer, die nicht Teil des Rechtssystems sind – zu führen. Wir nehmen hierzu die Vorschläge von Alemanno & Spina (2014) auf, die sich für eine Ausweitung von richterlichen Überprüfungen aussprechen. Richter müssen den Kontext, in dem Nudges verwendet werden, in Betracht ziehen können. Richterliche Entscheidungen über Nudges könnten weiterhin eine Debatte über die verfassungsrechtlichen Bedenken zu Nudges entfachen, welche deren institutionelle Einbettung berücksichtigt.

Oben hatten wir schon die wichtige diachrone Dimension von Nudges erwähnt. Wegen der Unsichtbarkeit von Nudges ist es besonders problematisch, wenn Gesellschaften Nudges von früheren Entscheidungsträgergenerationen „erben“ und an spätere Generationen „vererben“. Tatsächlich wird dies schon bald ein Problem sein, nachdem die erste Welle der Nudge-Units in einigen Ländern vorbei ist (beispielsweise ist die BIT im Vereinigten Königreich nun eine private Gesellschaft). Zusätzlich zu einem Nudging-Zentralregister sind andere Sicherungsmaßnahmen wichtig, die auf den diachronen Charakter der verwendeten Instrumente eingehen. Deshalb plädieren wir für Verfallsdaten für Nudges; diese können Entscheidungsträger und Gesetzgeber

zwingen, die Implementierung bestimmter Nudges in regelmäßigen Intervallen zu diskutieren und darüber zu entscheiden.

Natürlich können die hier besprochenen Modifizierungen unserer institutionellen Ordnung auch zu unerwünschten Nebenwirkungen führen – wir erkennen die Ironie, die darin liegt, auf innovative, effektive und kostengünstige verhaltenswissenschaftliche Neuerungen mit altertümlichen, langsamen und sperrigen Gegengewichten zu antworten. Wir stimmen im Prinzip mit Sunsteins Auffassung überein, dass es dem libertären Paternalismus nicht um mehr oder weniger, sondern um „smartere“ Regeln geht. Hier geht es auch uns nicht um mehr oder weniger Institutionen, sondern um ein smartes Design kollektiver Institutionen, die auf Politikinstrumente so abgestimmt sind, dass diese gleichermaßen smart und legitim sein können. So gelangen wir an den Punkt, unsere Sicherungsmaßnahmen kategorisieren zu können: Wir schlagen hier eine Unterscheidung in Ex-post- und Ex-ante-Sicherungsmaßnahmen vor, wobei Ex-post-Sicherungsmaßnahmen solche sind, die eingeführt werden, nachdem Bürger effektiv einen Nudge erfahren haben und Ex-ante-Sicherungsmaßnahmen eingeführt werden, bevor Bürger effektiv ein Nudge erfahren haben.

Vorgeschlagene Sicherungsmaßnahme	Kategorisierung
Wahlpflicht bei Voreinstellungen	ex ante
Haftung für Entscheidungsarchitekten	ex post
Aufsichtsbehörde für Nudging; Nudging-Ombudsmann	ex post
Rigorese Bewertungsmechanismen von Nudges (regulatory impact assessment, RCT)	ex post
Zentralregister für Nudges	beide
Verfallsdaten für Nudges	ex ante
Kennzeichnung von Nudges auf Produkten/Maßnahmen	ex ante

In der Zusammenstellung dieser Vorschläge wird deutlich, dass nur Ex-ante-Sicherungsmaßnahmen den nichtnormativen und nichtkognitiven Charakteristiken von Nudges entgegenwirken können, denn nur diese machen Nudges am Wirkungspunkt sichtbar. Deshalb sollten Entscheidungsträger sich hauptsächlich mit der Frage befassen, wie Nudges sichtbar gemacht werden können; hier sollten Ex-ante-Sicherungsmaßnahmen prioritär gesucht werden. Hier zeigt sich, dass wir uns wenig um die niedrigere Wirksamkeit von Nudges durch unsere Sicherungsmaßnahmen sorgen. Es ist für uns prima facie verdächtig, wenn ein Nudge besser funktioniert, je weniger der Rezipient des Nudges kognitiv involviert ist. Wenn Nudges nur im Dunkeln funktionieren, scheint es an der Zeit, ein helleres Licht anzuschalten.

Dies ist also unser Kernvorschlag: Entscheidungsträger sollten so weit wie möglich versuchen, Nudges mit Rechtsnormen zu flankieren oder Nudges in Rechtssysteme aufzunehmen. Der Vorschlag ist darin begründet, dass nur auf diese Art Nudges erkennbar, angreifbar und öffentlich gemacht werden und damit ihre nichtkognitive und nichtnormative Wirkungsmacht gegenüber dem Verhalten von Akteuren geschwächt werden kann.

Idealerweise sollte in modernen demokratischen Gesellschaften die öffentliche Deliberation (zum Beispiel in Parlamenten) der Implementierung und Einbettung von Rechtsnormen vorangehen. Besonders wenn Nudges anstelle solcher Rechtsnormen stehen, sollte der Gemeinschaft die Möglichkeit gegeben werden, selbst über Ziele und Politikinstrumente zu diskutieren.

Nudges in freien Gesellschaften und ihr Verhältnis zu bestehenden Pflichten

In seiner Antwort auf unseren jüngsten Beitrag (Lepenies und Malecka 2015) erklärt Sunstein (2015), nicht zu wissen, welches Problem wir genau mit Nudges haben: „I am not sure what problem Lepenies and Malecka are trying to solve. The defining feature of nudges is not that they are invisible, but that they preserve freedom of choice.“ Wichtig ist hier zu sehen, dass Sunstein eine gänzlich andere Definition des Nudging gebraucht. Am Anfang dieses Beitrags haben wir argumentiert, dass die Entstehungsgeschichte des Terms „Nudging“ die Schwierigkeit erklärt, mit der viele Kommentatoren derzeit die normativen und konzeptuellen Merkmale von Nudges zu entflechten versuchen.

Sunstein argumentiert, dass die Politik von Entscheidungsträgern in freien Gesellschaften generell und notwendigerweise sichtbar ist und unter genauer öffentlicher Prüfung steht. Er erwähnt außerdem, dass private Nudges so allgegenwärtig sind, dass es unmöglich scheint, ein Nudging-Zentralregister zu organisieren.

In Erwiderung auf Sunstein möchten wir unterstreichen, dass unser hauptsächliches Ziel darin besteht, zu verstehen, wie Nudges Verhalten beeinflussen und sich in der Funktionsweise von Verhaltensbeeinflussung durch Rechtsnormen unterscheiden. Unsere Idealtypen, also konzeptuelle Hilfsstellungen, die bestimmte Aspekte des zu analysierenden Phänomens stark zuspitzen, scheint Sunstein in seiner Replik auf uns ohne weitere Probleme aufzunehmen. Unser Ziel war es, Idealtypen als heuristische Konstrukte zu nutzen, um herauszufinden, was wir durch diese über Nudges lernen können. Private Nudges spielen in dieser Hinsicht eine untergeordnete Rolle, da wir uns auf

Nudges konzentrieren, die von öffentlichen Institutionen eingesetzt werden.

Unser Fokus liegt in diesem Beitrag auf dem Verhältnis von Nudges und öffentlichen Institutionen. Zwar stimmt es, dass private Akteure, besonders Unternehmen, die Werbung und Marketing betreiben, schon seit langem auf verhaltenswissenschaftliche Forschung zurückgreifen. Trotzdem gibt es gute Gründe, sich zunächst mit Nudges und öffentlichen Institutionen zu befassen. Sunstein lässt in seinen Argumenten anklingen, dass sich Bürger in freien Gesellschaften ihren Umgang selbst aussuchen können. In freien Gesellschaften entscheiden wir selbst, mit wem wir interagieren, und so sollte es prinzipiell leichter sein, zumindest einige private Nudges zu vermeiden. Selbst wenn man diese sehr optimistische Sicht teilt, gilt auch in freien Gesellschaften, dass die Nudges öffentlicher Institutionen schwerer zu umgehen sind, da man als Einzelner einen solchen Umgang gar nicht vermeiden kann.

Die kollektiven Regeln, die wir uns als Gesellschaft selbst geben, haben einen besonderen normativen Status und sollten daher bei der ethischen Bewertung von Nudges zuerst in den Blick genommen werden. In einem zweiten Schritt können diese nämlich auch Regeln beinhalten, wie mit Nudges zwischen privaten Akteuren umgegangen werden soll. Ein letzter, pragmatischer Punkt ist der, dass ein Nudge von Unternehmen zwar gut finanziert und Werbung für Konsumprodukte sehr kreativ sein kann – aber dass es in jüngster Zeit vor allem demokratische Regierungen waren, die sich dem Thema Nudging angenommen haben. Wenn wir von einer „weitreichenden Verbreitung“ von Nudges sprechen, so ist eine solche nur mit der Unterstützung von öffentlichen Institutionen vorstellbar. Private Akteure allein können unsere Gesellschaften nicht in „nudge worlds“ transformieren.

In gewisser Weise zeigt sich in Sunsteins Replik auch das von uns diagnostizierte Problem in philosophischen Debatten über Nudges im Generellen – nämlich die Tatsache, dass die politikphilosophische Betrachtung zu kurz kommt und dass unterschlagen wird, dass Nudges nicht zwischen irgendwelchen Akteuren stattfinden, sondern mindestens ein Teilnehmer ein öffentlicher Entscheidungsträger ist, für den besondere ethische Prinzipien gelten.

Sunstein verwendet eine sehr niedrige Schwelle, wenn es um die Frage nach dem Kriterium für ein *sichtbares* Politikinstrument geht: „[I]nsofar as they come from government, nudges need not (and should not) suffer from any problem of invisibility.“ Ferner, „[e]verything that government does should be scrutinized, but if we want to impose an extra level of scrutiny, criminal law, which imposes real penalties and eliminates freedom of choice, would seem to be a better candidate than nudges“ (p. 525). Diese Antwort übersieht, dass es im derzeit existierenden institutionellen Design ohne Sicherungsmaßnahmen kaum möglich ist, Nudges, die von Entscheidungsarchitekten eingesetzt wurden, abzulehnen und sich ihnen entgegenzustellen – gerade weil sie nichtkognitiv sind. Somit ist eine genaue Prüfung von Nudges nicht durchführbar. Auf der anderen Seite ist es wichtig zu verstehen, wie die Wirkmechanismen von Nudges tatsächlich funktionieren, um zu entscheiden, wie Sicherungsmaßnahmen am besten eingesetzt werden können.

Es gibt einen interessanten Einwand zu unserer These, der fragt, ob Nudges (trotz ihrer nichtkognitiven Merkmale) nicht vielleicht doch als zusätzliche Vollstreckungstechniken (*supportive nudges*) zulässig sind. Dieser Einwand schlägt vor, Nudges als eines von vielen Werkzeugen im Werkzeugkasten von Entscheidungsarchitekten zu sehen, die gerade dann zulässig sind, wenn sie als Techniken zur Unterstützung bereits

bestehender Pflichten auferlegenden Rechtsnormen angewandt werden (so formuliert von Esposito 2015). Fabrizio Esposito führt hier das Beispiel der „Don't mess with Texas“-Abfallvermeidungskampagne an. Diese Kampagne benutzte soziales *Framing*, um Umweltverschmutzung in Texas zu vermeiden, da sich Strafzahlungen als ineffektiv erwiesen. Hier, so das Argument, wurde eine bestehende Sanktion durch eine verhaltenswissenschaftlich informierte Kampagne unterstützt und nicht ersetzt. In vielen Fällen scheint das Recht allein einfach nicht effektiv genug. Das Argument wird mit der folgenden Analogie erweitert (unsere Zusammenfassung): ‚Nur weil Wände, Grenzen und Türen existieren, bedeutet das ja noch nicht, dass die Norm, nicht zu stehlen oder sich unbefugt Zutritt zu verschaffen, in irgendeiner Form geschwächt ist. Diese Dinge existieren, weil das Recht allein nicht effektiv genug ist und es zusätzlicher physischer Unterstützung allgemein erkannter Normen geben muss. Lasst uns also nicht die normative Kraft des Rechts idealisieren – denn sonst müssten wir auch gegen Wände, Grenzen und Türen argumentieren, weil diese gleichsam keine Handlungsgründe darlegen, wie es das kodifizierte Recht tut.‘

Es gibt nun mindestens drei Wege hier zu antworten.

Erstens: Die Platzierung von Türen, Wänden und Grenzen drückt zweifellos auch eine normative Art aus, Verhalten zu beeinflussen – denn diese Artefakte sind oft die physische Manifestation existierender öffentlicher Regeln. Ähnlich wie die Lichter einer Ampel erinnern uns diese Manifestationen an die gesellschaftlichen Regeln, die wir uns gemeinsam geben (Eigentumsrechte, Ländergrenzen, etc.), und diese sind daher sowohl normativ als auch kognitiv einsehbar.

Zweitens: Nudges bedürfen einer besonderen Behandlung, gerade weil sie nichtnormative und nichtkognitive Charakteristiken haben. Wir haben versucht zu zeigen, dass diese

Merkmale mit dem Idealtyp normativer Verhaltensbeeinflussung in Konflikt stehen. Selbst im Fall von „Don't mess with Texas“ wissen wir nicht genau, *warum* Menschen sich verhalten, wie vom Nudge intendiert. Die zugrundeliegende psychologische Literatur ist auch weitaus weniger eindeutig, als dies Nudging-Befürworter behaupten.

Drittens: Wir geben zu, dass unsere Methodologie, Idealtypen zu nutzen, den großen Nachteil hat, dass es uns damit noch nicht möglich ist, ethische Kriterien aufzustellen, nach denen in Einzelfällen bewertet werden kann, ob bestimmte Nudges legitim sind oder nicht. Dies können wir mit dem hier vorgelegten Ansatz nicht klären. Wir räumen aber ein, dass es Zielkonflikte gibt zwischen dem Bedenken über die Integrität von Rechtsnormen in demokratischen Gesellschaften und wichtigen sozialen Problemen, die tatsächlich effektiv durch Nudges „gelöst“ werden könnten. Einen Rahmen zu finden, in dem diese ethischen Kriterien formuliert werden können, ist allerdings Teil einer anderen Forschungsagenda.

Trotzdem erlauben wir uns hier den folgenden Gedanken. Vielleicht ist es der Fall, dass wir uns speziell um solche Nudges sorgen sollten, die konkrete Rechtszwänge ersetzen (die sichtbar und kognitiv erkennbar sind). Diese Vermutung kann allerdings nur auf einer normativen Position fußen, die wir hier nicht ausführen können. Siehe auch Conly (2013) für eine mögliche Linie eines solchen Arguments.

Abschließende Gedanken

Unser grundlegender Einspruch gegenüber Nudging betrifft die Auswirkung von Nudges auf unser gesellschaftliches Verständnis von Recht und politischen Institutionen. Zum Ende möchten wir unsere epistemische Sorge in Erinnerung rufen, die wir

zu Beginn des Beitrags aufgeworfen haben und die sich damit befasst, in welcher Form sich Entscheidungsträger auf verhaltenswissenschaftliche Forschung berufen. Die wichtige Frage hier ist diese: Welche Gründe können Entscheidungsarchitekten und Nudging-Befürworter geben, wenn sie sagen, dass unser derzeitiger Kenntnisstand der Verhaltenswissenschaften solide und verlässlich ist – beziehungsweise verlässlich genug, um auf der Grundlage von ausgewählten psychologischen Interpretationen öffentliche Maßnahmen vorzuschlagen und durchzusetzen? Während Befürworter von Nudges glauben, dass wissenschaftliche Erkenntnisse fortwährend neu getestet, erprobt, kritisiert und widerlegt werden müssen (besonders in den jungen Disziplinen der kognitiven Psychologie und der Neurowissenschaften), fehlt es doch an kritischer Reflektion über den Zusammenhang zwischen der Verlässlichkeit wissenschaftlicher Kenntnis und der ethischen Frage, unter welchen Umständen man welche Art wissenschaftlicher Erkenntnis für wichtige gesellschaftliche Entscheidungsarchitekturen ausnutzen darf. Dies wird noch komplizierter dadurch, dass es keinen neutralen Weg gibt, wie mit den verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen in Recht und Politik umgegangen werden kann – abgesehen von der Vielzahl von Problemen, die Legitimität der Rollen von Technokraten, Experten und Entscheidungsträgern generell zu bestimmen. Außerdem besteht bei Nudges die besondere Gefahr der *regulatory capture*: Ein Politikinstrument, das qua Design im Vergleich mit traditionellen rechtlichen Alternativen weniger sichtbar und anfechtbar ist, kann auch schneller missbraucht werden. Aus diesen Gründen müssen wir mit Vorsicht voranschreiten, um nicht vorschnell demokratische Gesellschaften in *nudge worlds* zu transformieren.

Wir mahnen also große Vorsicht und starke Grenzen für Nudges an, besonders mit Blick auf Thalers und Sunsteins Ver-

sprechen, (Parteien)-Ideologie in der Politik mit Hilfe von Nudges zu durchbrechen. Denn genau das ist das Versprechen, das in „Nudge“ gemacht wurde. Die Befürworter sehen Nudges als Ausweg vom lästigen, langsamen Bohren harter Bretter. Aber anders als T&S teilen wir nicht die Perspektive, Nudging sei „a viable middle ground in our unnecessarily polarized society“ (2008, p. 252). Dies hat den folgenden Grund: Nudges umgehen auf eine sehr neuartige Weise die normative Art der Verhaltensbeeinflussung in unserer Gesellschaft; unreglementiert implementiert könnten sie unsere kollektive Selbstgesetzgebung unterhöheln.

Danksagung

Wir möchten uns bei zwei anonymen Gutachtern sowie folgenden Personen für Anregungen und Kommentare bedanken: Henning Hahn; Stefan Gosepath, Tamara Jugov, Jekaterina Markow und dem Kolloquium für Praktische Philosophie der Freien Universität Berlin; Holger Straßheim, Silke Beck und dem Workshop zu Behavioral Public Policy des ECPR in Pisa; Malik Bozzo-Rey und dem MANCEPT-Workshop zu Nudges in the Public Sphere; Mattias Kumm und dem Center for Global Constitutionalism des WZB. Magdalena Malecka dankt zusätzlich der TINT Academy of Finland Centre of Excellence in the Philosophy of the Social Sciences, der Kosciuszko Foundation und dem National Science Centre (Individual research project no. DEC-2012/07/N/HS1/01560). Robert Lepenies dankt außerdem dem DAAD (Rückgewinnungsstipendium 57185798).

Literatur

- Alemanno, A., and A. Spina. 2014. Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation. *International Journal of Constitutional Law* 12(2): 429–456.
- Bettiza, G. 2014. Empty Signifier in Practice: Interrogating the ‚Civilizations‘ of the United Nations Alliance of Civilizations. EUI Working Paper RSCAS 2014/95.
- Bovens, L. 2008. The ethics of nudge. In *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, ed. T. Grüne-Yanoff and S.O. Hansson, 207–219. Berlin: Springer.
- Cserne, P. 2015. Making sense of nudge-scepticism: three challenges to EU law’s learning from behavioural sciences. In *Nudge and the Law*, eds. Alemanno, Sibony, 279–299. Oxford: Hart Publishing.
- Conly, S. 2013. *Against autonomy: justifying coercive paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Freeman, S. 2007. *Rawls*. Routledge.
- Dworkin, R. (1986). *Law’s empire*. Harvard University Press.
- Esposito, F. 2015. Nudge and the Law. A European Perspective. Book review. *European Journal of Risk and Regulation* 6(2): 331.
- Exec. Order No. 13797, „Using Behavioral Science Insights To Better Serve the American People“, Federal Register Volume 80, Issue 181 (September 18, 2015), Office of the Federal Register, National Archives and Records Administration.
- Freeman, S. 2007. *Rawls*. Routledge.
- Freeman, S. 2013. „It’s in Your Own Best Interest.“ *New York Review of Books* October 24th, 2013.
- Frerichs, S., 2011. False promises? A sociological critique of the behavioural turn in law and economics. *Journal of Consumer Policy*, 34(3): 289–314.
- Gigerenzer, G. 2000. *Adaptive thinking: Rationality in the real world*. Oxford: Oxford University Press.
- Gigerenzer, G., and P. Todd. 1999. *Simple heuristics that make us smart*. Oxford: Oxford University Press.
- Glaeser, E.L. 2006. *Paternalism and psychology*. University of Chicago Law Review 73(1): 133–156.

- Grüne-Yanoff, T. 2012. Old wine in new casks: Libertarian paternalism still violates liberal principles. *Social Choice and Welfare* 38(4): 635–645.
- Grüne-Yanoff, T. and Barton A., 2015. From libertarian paternalism to nudging – and beyond. *Review of Philosophy and Psychology* (6): 341–359.
- Guala, F. and Mittone, L., 2015. A political justification of nudging. *Review of Philosophy and Psychology*, 6(3): 385–395.
- Habermas, J. 1996. *Between facts and norms*. Cambridge: MIT Press.
- Hacker, P. 2016. *Verhaltensökonomik und Normativität. Die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen. Unveröffentlichte Doktorarbeit. Humboldt-Universität zu Berlin: Berlin.*
- Hansen, P.G., and A.M. Jespersen. 2013. Nudge and a manipulation of choice. *European Journal of Risk Regulation* 1: 3–28.
- Harel, A. 2014. *Why law matters*. Oxford: Oxford University Press.
- Hausman, D.M., and B. Welch. 2010. Debate: To Nudge or Not to Nudge. *Journal of Political Philosophy* 18(1): 123–136.
- Jolls, Ch., and C.R. Sunstein. 2006. Debiasing through law. *Journal of Legal Studies* 35: 199–241.
- Kahneman, D. 2012. *Thinking, fast and slow*. UK: Penguin.
- Laclau, E. 1996. *Emancipation(s)*. London: Verso.
- Lepenies, R. and Malecka, M., 2015. The Institutional Consequences of Nudging–Nudges, Politics, and the Law. *Review of Philosophy and Psychology*, 6(3), pp. 427–437.
- Mitchel, G. 2005. Libertarian paternalism is an oxymoron. *Northwestern University Law Review* 99(3): 1245.
- Mullainathan S. and Shafir E. 2013. *Scarcity: The New Science of Having Less and How It Defines Our Lives*. Picador.
- Nagatsu, M., 2015. Social nudges: their mechanisms and justification. *Review of Philosophy and Psychology*, 6(3): 481–494.
- Offe, C. 2009. Governance: An „empty signifier“? *Constellations*, 16(4), 550–562.
- Pettit, P. 1997. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Clarendon Press.

- Pound, R. 1942. *Social control through law*. New Haven: Yale University Press.
- Rawls, J. 1999. *A Theory of Justice* (Revised Ed.). Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Saghai, Y. 2013. Salvaging the concept of nudge. *Journal of Medical Ethics* 39(8): 487–93.
- Shafir, E. 2012. *The Behavioral Foundations of Public Policy*. Princeton University Press.
- Soll, J. B., Milkman, K. L., & Payne, J. W. 2015. A User's Guide to Debiasing. *The Wiley Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, 924–951.
- Sunstein, C.R. 2000. Introduction. In *Behavioral law & economics*, ed. C.R. Sunstein, 1–10. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sunstein, C.R. 2013. *Simpler: the future of government*. New York: Simon & Schuster.
- Sunstein, C.R. 2014a. Why nudge? The politics of libertarian paternalism (the Storrs Lectures series). *The Politics of Libertarian Paternalism*.
- Sunstein, C.R. 2014b. Nudging. A very short guide. <http://ssrn.com/abstract=2499658>.
- Sunstein, C.R. 2014c. Choosing not to choose. *Duke Law Journal* 64: 1–52.
- Sunstein, C.R. 2015. Nudges, Agency, and Abstraction: A Reply to Critics. *Review of Philosophy and Psychology* (6): 511–529.
- Sunstein, C.R., and R. Thaler. 2003a. Libertarian paternalism. *The American Economics Review* 93(2): 175–179.
- Sunstein, C.R., and R. Thaler. 2003b. Libertarian paternalism is not an oxymoron. *University of Chicago Law Review* 70(4): 1159–1202.
- Straßheim, H. and Korinek, R.-L. 2016. Cultivating ‚Nudge‘: Behavioural Governance in the UK. In: Voß, Jan-Peter/Freeman, Richard (eds.): *Knowing Governance. The Epistemic Construction of Political Order*. Palgrave Macmillan.
- Tamanaha, B.Z. 2006. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*. Leiden: Cambridge University Press.
- Teubner, G. 1986. After legal instrumentalism. In *Dilemmas of law in the welfare state*, ed. G. Teubner. Berlin: De Gruyter.

- Thaler, R.H., and Sunstein, C.R. 2001. Libertarian Paternalism. *Behavioral Economics, Public Policy, And Paternalism*, 175–179.
- Thaler, R.H., and C.R. Sunstein. 2008. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press.
- Tversky, A., and D. Kahneman. 1974. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science, New Series* 185(4157): 1124–1131.
- Tversky, A., and D. Kahneman. 1991. Loss aversion in riskless choice: A reference-dependent model. *The Quarterly Journal of Economics* 106(4): 1039–1061.
- Ulen, T. 2014. The importance of behavioral law. In *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Zamir, E., & Teichman, D. (eds.). Oxford University Press.
- Veetil, V.P. 2011. Libertarian paternalism is an oxymoron: An essay in defence of liberty. *European Journal of Law and Economics* 31(3): 321–334.
- Waldron, J. 2014. It's All for Your Own Good. *The New York Review of Books*. Retrieved October 15, 2014, from www.nybooks.com/articles/archives/2014/oct/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good.
- Weber, M. 1949. *The methodology of the social sciences*. Shils E.A. & Finch, H.A. (transl.). Glencoe, IL.: The Free Press.
- Weber, M. 1968. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre [1922]*. Dritte Ausgabe, ed. Johannes Winckelmann. Tübingen: Mohr.
- Whitman, D.G. and Rizzo, M.J., 2015. The problematic welfare standards of behavioral paternalism. *Review of Philosophy and Psychology*, 6(3): 409–425.