

Stephan Gerg, **Nudging**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019. (Beiträge zu normativen Grundlagen der Gesellschaft; Bd. 5.) XVI, 194 S.; Leinen: 69.– €. ISBN 978-3-16-157693-5. eBook 978-3-16-157694-2.

ThürVBl. 2021, 29.

Zunächst eine Trigger-Warnung: Wenn Sie jenen zuzurechnen sind, die üblicherweise die Herrentoilette aufsuchen, können Sie unbesorgt weiterlesen. Ansonsten empfehle ich, besser gleich zum übernächsten Absatz zu springen.

Diejenigen, denen meine Sprungempfehlung nicht galt, sollten sie kennen: Die Fliege an einem gewissen, öffentlich zugänglichen Örtchen, das wir alle mitunter mehr oder weniger dringend benötigen. Also nicht das lästige Fluginsekt, das auch gerne an solchen Orten herumschwirrt, sondern dasjenige, das ganz unten im Pissoir aufgemalt ist und zum besseren Zielen anhalten soll. Der aufgemalte Zweiflügler, erstmals 1999 im Amsterdamer Flughafen Schiphol eingesetzt, ist ein klares – und angeblich das am häufigsten herangezogene – Beispiel von Nudging.

Der Grundbegriff Nudge lässt sich mit Schubs oder Stupser übersetzen. Die von so manch einem heftig kritisierte Strategie des Nudging geht dahin, Bürgerinnen und Bürger nicht mehr (nur) durch Gesetze zu irgendetwas zu zwingen, sondern sie durch subtile und zuweilen raffinierte psychologische Tricks dazu zu bewegen, die für sie selbst und die Gemeinschaft günstigste Entscheidung zu treffen. Der Begriff Nudging stammt vom Wirtschaftswissenschaftler und Nobelpreisträger Richard Thaler und seinem Ko-Autor, dem Rechtswissenschaftler Cass Sunstein, die mit ihrem Buch *Nudge – Improving decisions about health, wealth and happiness* (Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt) 2008 weltberühmt wurden.

So ist etwa der Straßenverkehr ein hervorragender Einsatzbereich für Nudging: das Schild "30 der Kinder wegen" soll Kraftfahrer dazu ermuntern, statt der eigentlich erlaubten 50 km/h noch langsamer zu fahren. Einen ähnlichen Zweck verfolgen die Schockbilder mit arm- oder beinamputierten Menschen und dem Zusatz "Der andere hatte ein Bier zu viel." Oder die kindisch blinkenden Smileys beim Einfahren in eine Ortschaft. Und auch etwa der immer schrillere Piepston, der ein Auto zur Gouvernante werden lässt, wenn man das Anlegen des Sicherheitsgurtes vergisst.

Mit seiner hier zu besprechenden Promotion geht Stephan Gerg, die Idee des Nudging hat sich längst auch im politischen Raum hierzulande etabliert, der Frage nach, welche "Verfassungsrechtliche[n] Maßstäbe für das hoheitliche Einwirken auf die innere Autonomie des Bürgers" anzulegen sind (so der Untertitel seines Werks). Das wird nach einem kurzen Überblick (Kapitel A) in vier weiteren Kapiteln abgehandelt. Im Kapitel B stellt der Verfasser die verhaltensökonomischen Grundlagen dar und geht hier insbesondere auf die Unterschiede zwischen dem in der Ökonomie (noch immer) genutzten Modell des homo oeconomicus und dem vorhersehbar irrational entscheidenden Menschen ein, wie er insbesondere von den Neuro- und Sozialpsychologen gesehen wird. Kapitel C betrachtet Nudging aus dem Blickwinkel des Juristen. Mit Kapitel D ordnet der Verfasser die verschiedenen Formen des Nudgings einer Typologie zu und verdeutlicht dies anhand zahlreicher Beispiele. Kapitel E bildet den Schwerpunkt der Promotion und versucht, das Konzept des Nudging verfassungsrechtlich einzuordnen. Im Kapitel F zieht der Autor ein Fazit, während er im letzten Kapitel G seine 24 Thesen zu diesem Konzept vorstellt.

Zu Anfang stellt Gerg das Thema Heuristiken vor – das sind Entscheidungsstrategien, die der Mensch einsetzt, wenn er bspw. über zu wenig Zeit oder zu wenige Informationen verfügt. Exemplarisch geht er auf einige Heuristiken und kognitive Verzerrungen ein, die insbesondere für das Nudging hilfreich sein können.

Wenn ich etwa den Default-Effekt kenne und damit weiß, dass der Mensch weitaus öfter die Option bevorzugt, die eintritt, wenn er keine aktive Entscheidung trifft, dann kann ich ihn bei Entscheidungssituationen in die von mir gewünschte Richtung "schubsen", indem ich bei den Optionen, die er wählen kann, eine bereits als "angekreuzt" darstelle. Sie kennen das, wenn Sie ein neues Programm installieren. Sie können wählen zwischen "automatisch (empfohlen)" und "benutzerdefiniert", während die erste Option bereits aktiviert ist. Betätigen Sie jetzt nur die Enter-Taste (und das tun die meisten Nutzer), hat der Software-Autor sein Ziel erreicht. Die beiden amerikanischen Staaten New Jersey und Pennsylvania führten in den frühen 1990er Jahren unbeabsichtigt ein praktisches Experiment zum Default-Effekt durch. Als Teil der Reform des Rechts der unerlaubten Handlungen wurden den Bürgern zwei Optio-

nen bzgl. der Kfz-Versicherung angeboten: Eine teure Version, nach der man das uneingeschränkte Recht hatte, seine Verkehrsunfallsachen von einem Gericht entscheiden zu lassen, und eine preisgünstigere Version, bei der man nur unter bestimmten Voraussetzungen rechtsschutzversichert war. In New Jersey war die letztgenannte Option im Fragebogen angekreuzt und die meisten Bürger waren damit einverstanden. Nur eine Minderheit wählte die teurere Variante. In Pennsylvania war es genau umgekehrt. Letztlich setzt die Widerspruchslösung im Rahmen des Organspende-Themas auch nur auf den wirkmächtigen Default-Effekt. Bei der enormen Bedeutung dieses Effekts habe ich seine Darstellung unter psychologischem Blickwinkel eigentlich bei Gerg vermisst, zumal der Verfasser später (S. 109 ff) eingehend auf Standardvorgaben zu sprechen kommt.

Überhaupt wird das Thema der Heuristiken und Denkverzerrungen recht knapp behandelt. Mir hat sich die Befürchtung aufgedrängt, dass der durchschnittliche, also vom Thema völlig unbeleckte Jurist, sich die – auch für Juristen nicht zu unterschätzende aber großflächig verkannte – Bedeutung der Thematik bei der Lektüre nicht hinreichend bewusst machen kann. Die Kürze geht auch zu Lasten der Verständlichkeit. Das mag bei einer Doktorarbeit, die nur für einen sehr eingeschränkten (und zumeist vorgebildeten) Adressatenkreis veröffentlicht wird, hinzunehmen sei. Im Werk einer Schriftenreihe, die sich an ein erheblich breiteres Publikum wendet, hätte man hier durchaus noch etwas ausführlicher sein dürfen, und zwar sowohl im Hinblick auf jede der einzeln vorgestellten kognitiven Verzerrungen an sich, wie auch zu ihrer allgemeinen Bedeutung gerade und insbesondere für das juristische Entscheiden.

Um dies am Beispiel der Verlustaversion zu verdeutlichen: Menschen ärgern sich über Verluste mehr als sie sich über gleich hohe Gewinne freuen. Zum Beleg dieser (für menschliche Entscheidungen enorm wichtigen und häufig zu irrationalen Verhalten führende) loss-aversion bringt Gerg das Beispiel der New Yorker Taxifahrer, die länger arbeiten, wenn der Umsatz gering ist, und ihr Taxi früher wieder abstellen, wenn es gut gelaufen ist. So, wie Gerg dieses Beispiel darstellt, kann es die Verlust-Aversion nicht erklären. Erst mit der unterbliebenen Zusatzinformation, dass die New Yorker Taxifahrer in der Regel das Taxi zu einem Tagessatz von (im Zeitpunkt der Untersuchung) 76 Dollar vom Taxiunternehmer anmieten und es dann

maximal 12 Stunden nutzen dürfen, wird die Verlustaversion deutlich. Der Taxifahrer will unbedingt einen Verlust seiner Miete oder eines Teils davon vermeiden und schöpft die 12 Stunden voll aus, wenn es schlecht läuft. Wenn er hingegen nach acht Stunden bereits 200 Dollar Umsatz eingefahren hatte, bringt er das Taxi zurück und verzichtet auf einen weit höheren und mühelos zu erzielenden Gewinn.

Ohnehin bleibt die Arbeit im Bereich der (verhaltens-)psychologischen Fragen für meine Begriffe etwas zu dünn, stammt doch der eigentliche Beschäftigungsgegenstand (Nudging) eben aus diesem Feld. Ein weiteres Beispiel für diesen Befund ist die nur oberflächliche Beschäftigung mit dem freien Willen, den der Verfasser als rein juristische Konstruktion verwendet, woraus er die Rechtfertigung ableitet, sich nicht weiter mit diesem Phänomen zu beschäftigen. Aber gerade beim Thema Nudging, in dessen Rahmen meines Erachtens auf das Wollen des Entscheiders Einfluss genommen werden soll, hätte ich mir eine eingehendere Befassung mit dem freien Willen gewünscht, ist doch dessen Vorstellung in den letzten Jahren durch die Breitseiten berühmter Neurologen (Wolf Singer, Gerhard Roth, John Dylan Haynes u.a.) schwer getroffen. Auch kommt der Verfasser noch mehrfach auf den Willen und dessen Beeinflussung zu sprechen, was eigentlich eine im höheren Maße grundlegende Auseinandersetzung hätte sinnvoll erscheinen lassen.

Im zweiten Teil der Arbeit, wendet sich der Verfasser dem eigentlichen Aspekt zu: Nudging als verfassungsrechtliches Problem. Er setzt sich hier zunächst eingehend mit der Frage auseinander, wann und inwieweit ein Eingriff in Grundrechte oder grundrechtsgleiche Positionen festgestellt werden kann, wobei er u.a. zwischen reflektivem und perzeptivem Nudging unterscheidet, eine Unterscheidung, die sich wie ein roter Faden durch das weitere Werk zieht. Auf die perzeptive Form – ein Nudge nutzt kognitive Verzerrungen aus – geht er in diesem Kapitel naturgemäß tiefer ein. Insgesamt erörtert er die Möglichkeit eines Eingriffs in die Menschenwürde, in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, in das allgemeine Persönlichkeitsrecht unter Einschluss einschlägiger Rechtspositionen, in die Meinungsfreiheit und schließlich in die Informationsfreiheit.

Hernach prüft er, ob Nudging einer gesetzlichen Grundlage bedarf und nimmt diese Notwendigkeit in den Fällen an, in denen die "innere Au-

tonomie des Nudge-Adressaten eingeschränkt" und "in grundrechtlich geschützte Bereiche eingegriffen wird". Das lässt sich ebenso hören, wie die anschließende Auseinandersetzung mit der Frage des Rechtsschutzes. Hier stellt er sich der Schwierigkeit, dass Nudging eines solchen Rechtsschutzes entweder nicht bedarf, wenn der Adressat die Wirkung des Nudges durchschaut (fehlendes Rechtsschutzbedürfnis), oder aber der Adressat den Rechtsschutz nicht nachsuchen wird, weil er die Beeinflussung seines Willens gar nicht bemerkt. Leider schlägt Gerg zur Lösung nur vor, die Überwachung des schubsenden Staates in die Hände von Verbänden und Vereinen, insbesondere Verbraucherzentralen, zu legen, die dazu ermächtigt werden, einzelne Nudging-Maßnahmen in Form der altruistischen Verbandsklage gerichtlich überprüfen zu lassen. Das Übliche also. Ein weiteres Steinchen im Mosaik, das die ohnehin schon überlastete Justiz abbildet. Wäre nicht die Einrichtung eines unabhängigen "Ethikrates" besser, an den sich die Exekutive wenden muss, bevor sie (perzeptives) Nudging betreibt? Muss es wirklich ausschließlich gerichtlicher Rechtsschutz sein?

Die Frage, ob die Grundrechte Nudging sogar fordern, wird äußerst knapp aber zu Recht grundsätzlich verneint. Eingehender beschäftigt sich Gerg hernach mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Aspekt des Paternalismus. Das erscheint mir im Großen und Ganzen sehr gelungen, auch wenn ich die im Ergebnis übergroße Zurückhaltung, die Gerg dem Konzept des (perzeptiven) Nudgings gegenüber an den Tag legt, nicht teile. Sie entspricht aber letztlich der heute mehrheitlich vertretenen Geisteshaltung, die die Individualinteressen über das Gemeinwohlinteresse stellt.

Noch ein Wort zum äußeren Erscheinungsbild: Das Werk kommt äußerst gediegen und – trotz

seines für eine zeitgemäße juristische Promotion eher (wohltuend) schmalen Umfangs – dem Preis von 69 Euro angemessen daher. Feines Papier, qualitativ hochwertig gebunden und bestes Layout. Einige Petitesse sind mir allerdings – den Lesefluss störend – aufgefallen: der gefühlt 200fach eingesetzte Begriff homo oeconomicus war durch ein doppeltes Leerzeichen getrennt, was wegen des Blocksatzes zu mitunter deutlichen Lücken führt. Noch störender bei einem solch hochwertigen Werk empfinde ich aber die doch nicht seltenen Orthographie- und Grammatikfehler, die bei einer sorgfältigen Korrekturlektüre hätten vermieden werden müssen. Auch ein zuweilen etwas ungelinker Duktus des Verfassers ist geeignet, die Verständlichkeit seiner Schrift zu erschweren. Leider konnte sich der Verfasser darüber hinaus der Unsitte in Promotionen, auch Selbstverständliches durch Fußnoten zu belegen, nicht erwehren. Wer sich von solchen Kleinigkeiten nicht stören lässt, liest ein insgesamt hoch interessantes und gut ausgearbeitetes Stück Wissenschaft. Eine umfassendere Arbeit zum (verfassungs-)rechtlichen Aspekt des Nudging ist mir jedenfalls im deutschsprachigen Raum nicht bekannt. In einer Zeit, in der vermutlich sogar Wahlen durch das Ausnutzen menschlicher Manipulierbarkeit und mit Hilfe psychologischer Erkenntnisse gewonnen werden, letztendlich ja auch ein Anwendungsbereich des Nudgings, ist es höchste Zeit, das Thema in breiteren (juristischen) Kreisen zu diskutieren. Die Arbeit von Gerg ist trotz zahlreicher Redundanzen zwar eher nicht als Lehrbuch geeignet, ein gewichtiger Beitrag in der nötigen Diskussion aber ist sie allemal.

Dr. h.c. Stefan Kaufmann, Präsident des Thüringer Oberlandesgerichts a.D., Präsident des Thüringer Verfassungsgerichtshofs.