
Mark Schweizer, Zürich

Kontrast- und Kompromisseffekt im Recht am Beispiel der lebenslänglichen Verwahrung

Inhaltsverzeichnis

- I. Einführung
- II. Die Wahl zwischen Alternativen gemäss normativen Entscheidungstheorien
- III. Kontrast- und Anziehungseffekt
 - A) Kontrasteffekt bei asymmetrisch dominierten Alternativen
 - B) Anziehungseffekt bei klar minderwertigen Alternativen
 - C) Freiheitskampf und Verhältnismässigkeitsgrundsatz
- VI. Kompromisseffekt
 - V. Beeinflussung rechtlicher Entscheidungen durch die Anzahl in Betracht gezogener Alternativen
 - A) Demonstration von Kontrast- und Kompromisseffekt im Recht durch *Kelman et al.*
 - B) Die lebenslängliche Verwahrung: eine neue Alternative
- VI. Eigene Studie zum Kompromisseffekt
 - A) Methode
 - B) Resultate
 - C) Diskussion
- VII. Schlussfolgerung

I. Einführung

In den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts begannen Juristen in den USA, sich für den Einfluss der in der Psychologie unter den Begriffen «heuristics and biases»¹ oder «kognitive Täuschungen»² bekannten Phänomene auf juristische Entscheidungen zu interessieren.³ Eine Urteilsheuristik ist eine Faustregel, die eine Entscheidung in vielen Fällen vereinfachen kann, aber manchmal auch zu falschen Schlüssen führt.

1 A. Tversky/D. Kahneman, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, Science 1974, 1124 ff.
2 W. Hell, Kognitive und optische Täuschungen, in: W. Hell/K. Fiedler/G. Gigerenzer (Hrsg.), Kognitive Täuschungen: Fehl-Leistungen und Mechanismen des Urteilens, Denkens und Erinnerns, Heidelberg 1993, 317 ff.
3 Einen guten Überblick über den Forschungsstand bietet die Aufsatzsammlung C. R. Sunstein (Hrsg.), Behavioral Law and Economics, Cambridge 2000.

Die Ökonomen interessieren sich bereits seit den achtziger Jahren stark für die psychologische Forschung zu diesen Phänomenen. Die Forschungsrichtung wurde in den Wirtschaftswissenschaften unter dem Begriff «Behavioral Economics» bekannt. Kahneman, einer der Begründer der psychologischen Forschung zu den heuristics and biases, hat 2002 den Nobelpreis für Wirtschaft erhalten.⁴

Mit der üblichen Verspätung begannen sich in den neunziger Jahren auch die Juristen, vornehmlich in den USA, für die Phänomene zu interessieren. Ursprünglich vor allem eine Kritik an der traditionellen Ökonomischen Analyse des Rechts, wurde die Strömung als «Behavioral Law and Economics», also etwa «Verhaltenswissenschaftliche Ökonomische Analyse des Rechts», bezeichnet.⁵ Inzwischen geht der Anspruch der Vertreter der Behavioral Law and Economics aber über eine blosser Kritik an bestehenden Modellen hinaus. Die Strömung wird treffender als eine neue Form der Rechtspsychologie charakterisiert, die sich nicht auf das Studium einzelner Akteure des Rechtssystems (Geschworene, Augenzeugen und Kriminelle) beschränkt, sondern Prozessparteien, Konsumenten, Produzenten, Vertragsparteien, Gesellschaftsorgane, Eltern und Arbeitnehmer in ihr Blickfeld einbezieht.⁶ Sie beruht auf empirisch abgestützten Theorien menschlichen Verhaltens der modernen Psychologie. Die Rechtswissenschaft profitiert, wenn sie sich diese Erkenntnisse vermehrt zu Nutzen macht.⁷ Behavioral Law and Economics ist trotz ihres trügerischen Namens auch für Juristen und Rechtssysteme interessant, die mit der Ökonomischen Analyse des Rechts nichts am Hut haben, weil sie zum Beispiel Effizienz nicht als normatives Ziel anerkennen.

Im Folgenden werden zwei eng verwandte Phänomene näher dargestellt, die als Kontrast- und Kompromisseffekt bezeichnet werden und ursprünglich aus der Konsumentenforschung stammen.⁸ 1996 haben *Kelman*, *Rottenstreich* und *Tversky* ersichtlich als Erste darauf hingewiesen, dass Kompromiss- und Kontrasteffekt spezifisch juristische Urteile zu beeinflussen vermögen, namentlich im Strafrecht.⁹ Nachfolgend wird zuerst die psychologische Forschung zum Kontrast- und Kompromisseffekt dargestellt und die Studie von *Kelman* et al. erläutert. Anschliessend werden die Resultate einer eigenen Studie vorgestellt, an der 230 Richterinnen und Richter der Kantone beider Basel, Bern und Graubünden teilgenommen haben.

4 www.nobel.se/economics/laureates/2002/index.html (besucht am 1. September 2005).

5 M. Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht, Diss. Zürich 2005, Rz. 84 ff.

6 R. B. Korobkin/T. S. Ulen, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, California Law Review 2000, 1051 ff., 1066.

7 A.a.O.

8 J. Huber/J. W. Payne/Ch. Puto, Adding Asymmetrically Dominated Alternatives: Violations of Regularity and the Similarity Hypothesis, Journal of Consumer Research 1982, 90 ff.

9 M. Kelman/Y. Rottenstreich/A. Tversky, Context-Dependence in Legal Decision Making, Journal of Legal Studies 1996, 287 ff.; Nachdruck in: *Sunstein* (Fn. 3), 61 ff. Die Seitenzahlen werden gemäss dem Nachdruck zitiert.

Als Beispiel dafür, wie die Einführung einer neuen Alternative die Wahl zwischen zwei vorhandenen Optionen beeinflussen kann, habe ich die lebenslängliche Verwahrung ohne Möglichkeit der vorzeitigen Entlassung im Sinne des entsprechenden Verfassungsauftrags (Art. 123a BV) gewählt. Das Beispiel weist eine offensichtliche Aktualität und praktische Bedeutung auf, nichtsdestotrotz ist es nur ein Beispiel, anhand dessen die Wirkung von Kompromiss- und Kontrasteffekt erörtert wird. Die theoretische und praktische Bedeutung von Kompromiss- und Kontrasteffekt geht weit über die lebenslängliche Verwahrung und das Strafrecht hinaus.

II. Die Wahl zwischen Alternativen gemäss normativen Entscheidungstheorien

Nach dem klassischen Erwartungsnutzenmodell (expected utility theory) hat der Entscheidende alle Wahlmöglichkeiten (Optionen) nach ihrer Präferenz geordnet und wählt unter mehreren Optionen diejenige, die in seiner «Präferenz-Rangliste» zuoberst steht. Optionen, die nicht gewählt werden, sind nach diesem Modell ebenso irrelevant wie Optionen, die nicht zur Verfügung stehen.¹⁰ Das leuchtet auch intuitiv ein: Wer lieber Schokoladekuchen für Fr. 7 als Tiramisu für Fr. 9 hat, sollte seine Vorliebe nicht ändern, wenn er erfährt, dass daneben auch Erdbeer-Mousse für Fr. 12 erhältlich ist, das er nicht wählt, weil es ihm zu teuer ist.

Ein weiteres Prinzip der meisten normativen Entscheidungstheorien ist, dass sich der «Marktanteil» einer Option nie erhöhen kann, wenn den zur Auswahl stehenden Optionen eine weitere Option hinzugefügt wird.¹¹ Dies wird als Regularität (regularity) bezeichnet und ist ebenfalls eine Folge der individuellen Nutzenmaximierung. Eine Verletzung der Regularität lässt sich in aggregierten Daten beobachten.¹² Auch Regularität ist ein Prinzip, das unmittelbar einleuchtet: Wenn in einer Wettbewerbssituation zwei Produkte A und B um die Gunst der Konsumenten buhlen und ein weiteres Produkt C auf den Markt gebracht wird, ist anzunehmen, dass die Produkte A und B einen Teil ihres bisherigen Marktanteils an den neuen Konkurrenten C verlieren werden. Dass z.B. ein Shampoo nach der Einführung eines Konkurrenzproduktes häufiger verkauft wird, wäre sehr

10 Sog. *independence of irrelevant alternatives*, siehe A. Tversky/I. Simonson, Context-Dependent Preferences, Management Science 1993, 117 ff.; gekürzter Nachdruck in: D. Kahneman/A. Tversky (Hrsg.), Choices, Values and Frames, Cambridge 2000, 518 ff. Die Seitenzahlen werden gemäss Nachdruck zitiert.

11 Huber/Payne/Puto (Fn. 8), 90 f.

12 Tversky/Simonson (Fn. 10), 519.

überraschend.¹³ Dieses überraschende Resultat kann aber empirisch nachgewiesen werden und hängt von den Eigenschaften des neuen Mitbewerbers ab, die nachfolgend erläutert werden.

III. Kontrast- und Anziehungseffekt

Kontrasteffekte in der Wahrnehmung sind allgemein bekannt und bilden die Grundlage zahlreicher optischer Illusionen. Sie verschwinden selbst dann nicht vollständig, wenn sie bewusst gemacht werden.¹⁴ Die meisten Leser werden beispielsweise den Kreis links in der Abbildung 1, der von grossen Kreisen kontrastiert wird, als kleiner wahrnehmen als den Kreis rechts, der von kleineren Kreisen umgeben ist – selbst wenn sie vermuten, wohl vertraut mit optischen Illusionen, dass die Kreise tatsächlich gleich gross sind. Huber, Payne und Puto haben 1982 erstmals empirisch nachgewiesen, dass Kontrasteffekte nicht nur bei der Wahrnehmung, sondern auch bei der Bewertung und Wahl von Entscheidungsalternativen eine Rolle spielen.

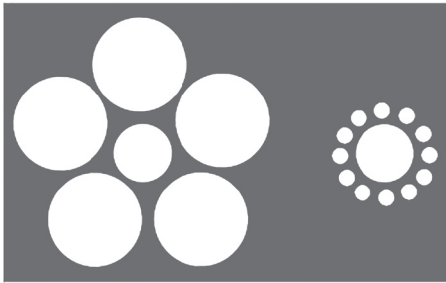


Abbildung 1: Ebbinghaus-Illusion

A) Kontrasteffekt bei asymmetrisch dominierten Alternativen

Eine Alternative wird asymmetrisch dominiert, wenn sie von mindestens einer, aber nicht von allen zur Auswahl stehenden Alternativen dominiert wird.¹⁵

13 Möglich ist natürlich, dass Produkt B bei der Einführung von Produkt C weniger Marktanteile verliert als A. Während die Annahme der *Proportionalität* davon ausgeht, dass A und B im Verhältnis ihrer bisherigen Marktanteile an C verlieren werden, postuliert die *Ähnlichkeitshypothese* (*similarity hypothesis*), dass dasjenige der alten Produkte mehr Marktanteile verliert, das dem neuen Produkt ähnlicher (und damit eher substituierbar) ist. Siehe dazu Huber/Payne/Puto (Fn. 8), 91.

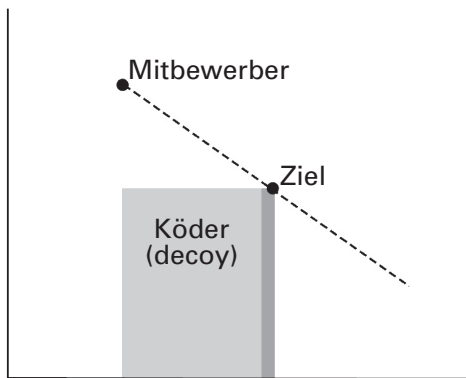
14 S. Shapiro/M. T. Spence, Mind Over Matter? The Inability to Counteract Contrast Effects Despite Conscious Effort, *Psychology & Marketing* 2005, 225 ff.

15 Huber/Payne/Puto (Fn. 8), 90.

Dominiert wird eine Alternative, wenn es keinen vernünftigen Grund gibt, sie zu wählen, weil eine andere verfügbare Alternative in jeder Hinsicht besser ist. So dominiert bei identischen Produkten das billigere Produkt das teurere – es gibt keinen Grund, das teurere Produkt zu kaufen, wenn die beiden Produkte in jeder Hinsicht gleichwertig sind.¹⁶

Asymmetrische Dominanz ist in Abbildung 2 schematisch dargestellt für drei Alternativen, die sich in zwei Dimensionen (Attributen oder Eigenschaften) unterscheiden. Dies kann z.B. Preis und Qualität des Produktes sein. Der «Mitbewerber» ist schlechter als das «Ziel» in der Dimension 1 (z.B. Preis, also teurer), aber besser in der Dimension 2 (z.B. Qualität). Andererseits ist das Ziel besser als der Mitbewerber bezüglich der Dimension 1, aber schlechter bezüglich Dimension 2. Keine dieser Alternativen dominiert die andere. Jede hat Eigenschaften, bezüglich derer sie der anderen Alternative überlegen ist. Es gibt daher vernünftige Gründe, jedes der Produkte zu wählen. Plastisch ausgedrückt hat der Konsument die Wahl zwischen einem teureren, aber hochwertigen Produkt und einer billigeren, aber minderwertigeren Alternative.

Dimension 2 (z.B. Qualität)



Dimension 1 (z.B. Preis)

Abbildung 2: Schematische Darstellung einer asymmetrisch dominierten Alternative

Ein weiteres Produkt, das im grauen Rechteck in der Abbildung 2 angesiedelt ist, wird jedoch vom Ziel dominiert. Das Ziel ist besser in allen Dimensionen, sowohl bezüglich Qualität wie Preis. Hingegen wird das Produkt im grauen Bereich

¹⁶ «In jeder Hinsicht» bedeutet auch Identität bezüglich schwer messbarer Eigenschaften wie After-sales-Service oder Prestigegewinn durch den Kauf des Produktes.

vom Mitbewerber nicht dominiert; der Mitbewerber ist qualitativ besser. Alle Alternativen, die sich im grauen Bereich der Abbildung 2 befinden, werden daher asymmetrisch, d.h. nur von einer der beiden anderen Alternativen, dominiert. Kein vernünftiger Mensch wird sie wählen, da das Ziel immer die bessere Wahl ist.

Gemäss klassischer Erwartungsnutzentheorie sollte daher die Einführung einer asymmetrisch dominierten Alternative die Wahl zwischen den beiden bestehenden Alternativen nicht beeinflussen. Niemand wird sie wählen – die Erwartungsnutzentheorie geht von vernünftigen Konsumenten aus – und weil sie folglich eine irrelevante Alternative ist, beeinflusst sie den Entscheid zwischen den beiden anderen Alternativen nicht. *Huber* et al. können aber empirisch nachweisen, dass der Marktanteil des Ziels mit der Einführung einer asymmetrisch dominierten Alternative steigt.¹⁷ Zwar wählt kaum jemand die von ihnen als Köder (decoy) bezeichnete asymmetrisch dominierte Alternative, wie es auch die Erwartungsnutzentheorie voraussagt. Aber der Marktanteil des Ziels steigt entgegen den Erwartungen. Haben die Versuchspersonen beispielsweise die Wahl zwischen zwei Biersorten A (Preis \$ 2.60, Qualität «70», Ziel) und B (Preis \$ 1.80, Qualität «50», Mitbewerber), so wählen 43% die Biersorte A. Steht auch noch eine dritte Sorte C (Preis \$ 3.00, Qualität «70», Köder) zur Auswahl, so wählen 63% die Biersorte A.¹⁸ Der Marktanteil des Ziels kann trotz Einführung eines weiteren Produkts gesteigert werden, was die Regularität verletzt und dem gesunden Menschenverstand widerspricht. Der Kontrasteffekt ist dabei am stärksten, wenn der Köder im Bereich des dunkelgrauen Streifens in Abbildung 2 angesiedelt ist; d.h., wenn er sich in nur in der Dimension, bezüglich der das Ziel dem Mitbewerber unterlegen ist, vom Ziel unterscheidet.¹⁹ Als Kontrasteffekt wird das Phänomen bezeichnet, weil das Ziel im Kontrast zum dominierten Köder attraktiver erscheint.²⁰

Der Kontrasteffekt konnte durch unabhängige Forschungsgruppen repliziert werden und gilt als robust.²¹ In einem interessanten Experiment wurde er auch ausserhalb des Labors in einem lebensnahen Umfeld nachgewiesen. Im Experiment von *Doyle* et al. standen in einem Lebensmittelladen in Grossbritannien in der ersten Woche des Versuchs zwei Sorten von Baked Beans zur Auswahl: die HEINZ-Dose à 420 g für 29 Pence und die SPAR-Dose à 420 g für 21 Pence. Konsumentenbefragungen hatten ergeben, dass die Qualität von HEINZ Baked Beans höher eingeschätzt

17 *Huber/Payne/Puto* (Fn. 8), 92.

18 *Huber/Payne/Puto* (Fn. 8), 95, 97.

19 *Huber/Payne/Puto* (Fn. 8), 94.

20 *I. Simonson/A. Tversky*, Choice in Context: Tradeoff Contrast and Extremeness Aversion, *Journal of Marketing Research* 1992, 281 ff., 282.

21 *J. R. Doyle/D. J. O'Connor/G. M. Reynolds/P. A. Bottomley*, The Robustness of the Asymmetrically Dominated Effect: Buying Frames, Phantom Alternatives, and In-Store Purchases, *Psychology & Marketing* 1999, 225 ff., 228 m.H.

wird. In der Abbildung 2 würde HEINZ also dem Mitbewerber entsprechen, während SPAR das Ziel ist – billiger, aber qualitativ minderwertiger. In der ersten Woche betrug der Marktanteil von SPAR 19%, d.h., die meisten Konsumenten zogen die teurere, qualitativ bessere Alternative vor. In der zweiten Woche wurde ein Köder gelegt: eine Dose SPAR Baked Beans à 220 g für 21 Pence. Der Köder ist mit anderen Worten gleich teuer wie die 420 g SPAR-Dose, hat aber nur etwa die Hälfte ihres Inhalts. Er wird vom Ziel dominiert; kein vernünftiger Konsument wird den Köder kaufen. Wenig überraschend wurde auch keine einzige Dose SPAR à 220 g verkauft. Aber: der Marktanteil der 420 g SPAR-Dose betrug in der zweiten Woche 33%, eine Steigerung um 14 Prozentpunkte – der Absatz des Ziels steigerte sich somit um 73%!²²

Nicht nur Menschen, sondern auch Tiere, selbst wirbellose, unterliegen dem Kontrasteffekt. Die Verletzung der Regularität bei Einführung einer asymmetrisch dominierten Alternative konnte bei Honigbienen (*Apis mellifera*) und einer kanadischen Vogelart (*Perisoreus canadensis*) beobachtet werden.²³

Der Marktanteilsgewinn des Ziels ist relativ gering, wenn die gleichen Personen zuerst zwischen Mitbewerber und Ziel wählen und ein bis zwei Wochen später zwischen Mitbewerber, Ziel und Köder.²⁴ Die Versuchspersonen scheinen sich in dieser Situation an ihre ursprüngliche Wahl erinnern zu können und werden vom Köder wenig beeinflusst. Das Ziel gewinnt jedoch erheblich an Marktanteil, wenn einer Gruppe die Wahl zwischen Mitbewerber und Ziel und einer anderen Gruppe zwischen Mitbewerber, Ziel und Köder angeboten wird.²⁵ Die Gruppe, deren Wahl durch den Köder zu beeinflussen versucht wird, hat hier nicht die Möglichkeit, sich an die unbeeinflusste Wahl zu erinnern. *Huber et al.*, *Doyle et al.* und *Simonson/Tversky* berichten bei dieser Versuchsanlage übereinstimmend von einer Verschiebung zugunsten des Ziels von 10–15 Prozentpunkten, was – je nach ursprünglichem Marktanteil des Ziels – einer Steigerung des Marktanteils um 30–50% entspricht.²⁶ Der Kontrasteffekt ist folglich nicht nur signifikant, er ist auch erheblich.

22 *Doyle/O'Connor/Reynolds/Bottomley* (Fn. 21), 240.

23 *S. Shafir/T. A. Waite/B. H. Smith*, Context-Dependent Violations of Rational Choice in Honeybees (*Apis Mellifera*) and Gray Jaws (*Perisoreus Canadensis*), *Behavioral Ecology and Sociobiology* 2002, 180 ff.

24 So genanntes *within-subject design*; *Huber/Payne/Puto* (Fn. 8), 94, massen für das *within-subject design* eine Erhöhung des Marktanteils des Ziels von 53% auf 56%; ein zwar geringer, aber statistisch signifikanter Effekt.

25 So genanntes *between-subject design*.

26 *Huber/Payne/Puto* (Fn. 8), 95; *Doyle/O'Connor/Reynolds/Bottomley* (Fn. 21), 233; *Simonson/Tversky* (Fn. 20), 287.

B) Anziehungseffekt bei klar minderwertigen Alternativen

Eine klar minderwertige Alternative wird von keiner anderen Alternative dominiert, erscheint aber gegenüber dem Ziel als deutlich weniger begehrenswert.²⁷ Der Begriff «klar minderwertig» ist dabei anders als die asymmetrisch dominierte Alternative nicht exakt definiert. Meist wird man sich jedoch einig sein, wann eine Alternative klar minderwertig ist.²⁸ Huber und Puto konnten zeigen, dass die Einführung einer klar minderwertigen Alternative ähnliche Auswirkungen auf den Marktanteil des Ziels hat wie diejenige einer asymmetrisch dominierten Alternative. Sie bezeichnen den beobachteten Effekt als Anziehungseffekt (attraction effect), weil die Entscheidenden durch die minderwertige Alternative zum Ziel hingezogen werden.²⁹ Der Nachweis des Marktanteilsgewinns des Ziels bei dieser Konstellation ist wichtig, weil asymmetrisch dominierte Alternativen im wirklichen Leben selten, klar minderwertige Alternativen aber häufig vorkommen. Bewirkt auch eine klar minderwertige Alternative, dass das Ziel häufiger gewählt wird, ist die praktische Bedeutung der unter Laborbedingungen beobachteten Phänomene erheblich grösser.

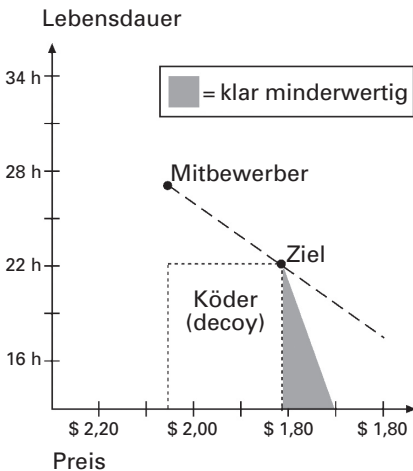


Abbildung 3: Schematische Darstellung einer klar minderwertigen Alternative

Abbildung 3 zeigt schematisch, wo eine klar minderwertige Alternative angesiedelt ist. Setzt man den Trade-off zwischen Dimension 1 und Dimension 2 linear

27 J. Huber/Ch. Puto, Market Boundaries and Product Choice: Illustrating Attraction and Substitution Effects, *Journal of Consumer Research* 1983, 33.

28 Doyle/O'Connor/Reynolds/Bottomley (Fn. 21), 228.

29 Huber/Puto (Fn. 27), 31 ff.

fort (gestrichelte Linie in Abbildung 3), so liegt die klar minderwertige Alternative deutlich unter dieser Trendlinie, im grauen Bereich der Abbildung 3. Beispielsweise hat die Batterie «Mitbewerber» eine Lebensdauer von knapp 28 Stunden und kostet \$ 2.05, während die Batterie «Ziel» eine Lebensdauer von 22 Stunden hat und \$ 1.80 kostet. Eine klar minderwertige Alternative im grauen Bereich hätte beispielsweise bei einem Preis von \$ 1.75 nur eine Lebensdauer von 16 Stunden; m.a.W. ist sie nur unwesentlich billiger, aber wesentlich schlechter.

IV. Kompromisseffekt

Mit dem Kontrasteffekt eng verwandt ist der so genannte Kompromisseffekt, der erstmals 1989 von *Simonson* beschrieben wurde.³⁰ Gemäss dem Kompromisseffekt wird bei einer Wahl zwischen drei Alternativen in der Regel die mittlere Alternative, eben der Kompromiss, bevorzugt. Der Kompromiss erscheint attraktiv, weil er ein bisschen von beiden Eigenschaften der extremen Optionen hat und daher das Beste beider Welten zu vereinigen scheint. Der Entscheidende wählt insbesondere dann den Kompromiss, wenn er unsicher ist, welche der Eigenschaften der extremen Alternative für ihn wichtiger ist.³¹ Minderwertig ist eine extreme Alternative hingegen nicht, sondern sie liegt auf der gedachten Trendlinie, die den Trade-off der beiden Attribute fortsetzt, aber eben weiter entfernt vom Zentrum (siehe Abbildung 4).

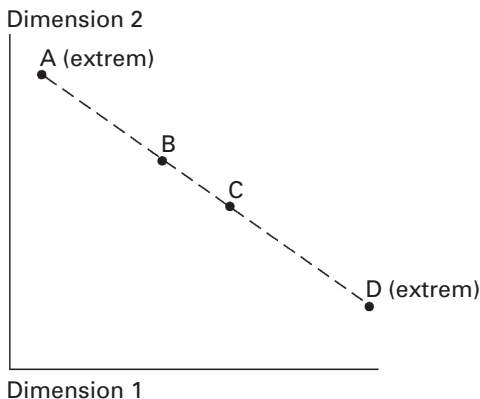


Abbildung 4: Schematische Darstellung von zwei Kern- und zwei extremen Alternativen

30 I. Simonson, Choice Based on Reason: The Case of Attraction and Compromise Effects, Journal of Consumer Research 1989, 158 ff.

31 Simonson (Fn. 30), 161.

Ein konkretes Beispiel: Eine Spiegelreflexkamera für \$ 170 wird von 50% der Versuchspersonen gewählt, wenn daneben eine teurere Kamera für \$ 240 zur Auswahl steht. Ist zusätzlich noch eine sehr teure Kamera für \$ 470 im Angebot, wählen 57% der Versuchspersonen die mittlere Option, 21% die teure Option für \$ 470 und nur noch 22% die günstigste Kamera.³² Durch die Einführung eines Luxusmodells kann ein Hersteller folglich den Marktanteil des Mittelklassemodells zu Lasten des (vermutungsweise) weniger margenträchtigen Einstiegsmodells steigern. Wären die Präferenzen der Versuchspersonen konstant, hätte der Marktanteil der teuren Kamera zu Lasten des mittleren Preissegments gehen müssen, weil diejenigen, die für mehr Leistung gerne etwas mehr bezahlen, von der Mittelklasse zum Hochpreismodell wechseln sollten – und nicht vom Einstiegsmodell zur Mittelklasse.³³ Die Tatsache, dass es noch ein sehr teures Luxusmodell gibt, sollte niemanden davon abbringen, das billige Einstiegsmodell zu wählen. Offenbar werden aber die Präferenzen durch die zur Verfügung stehenden Wahlmöglichkeiten beeinflusst.

Nach Simonson ist die Präferenz für die mittlere Option stärker, wenn die Entscheidung gegenüber Drittpersonen gerechtfertigt werden muss. Da der Wähler die Präferenzen der Dritten noch weniger als seine eigenen kennen kann, ist es riskant, die Wahl damit zu rechtfertigen, dass die eine Dimension viel wichtiger sei als die andere («Schatz, natürlich kostet die Kamera einen halben Monatslohn, aber dafür hat sie auch eine Optik von Carl Zeiss»). Durch die Wahl des Kompromisses wird der maximal mögliche Fehler minimiert, sie erscheint daher sicher und lässt sich am einfachsten rechtfertigen. Auch die Kombination der Eigenschaften der beiden extremen Optionen durch den Kompromiss erleichtert die Argumentation gegenüber Dritten.³⁴

Um seine Hypothese zu testen, hat *Simonson* daher der Hälfte seiner Versuchspersonen gesagt, dass ihre Wahl völlig anonym sei. Die anderen wurden instruiert, dass alle Antworten in einer Broschüre unter Namensnennung veröffentlicht und in der nächsten Unterrichtsstunde verteilt würden, wobei es möglich sei, dass man seine Wahl vor der Klasse rechtfertigen müsse. Zusätzlich mussten diese Versuchspersonen ihren Namen auf den Fragebogen setzen und jede Seite paraphieren, um jeden Anschein von Anonymität zu vermeiden.³⁵ Die Resultate bestätigen die Hypothese: Der Kompromisseffekt ist in der Gruppe, die damit rechnen muss, die Wahl vor Dritten rechtfertigen zu müssen, signifikant und erheblich (rund 10–20%) stärker als in der anonymen Gruppe.³⁶ Da Richter ihre Urteile namentlich zeichnen und öffentlich begründen müssen, legen diese Resultate nahe, dass der Kompromisseffekt das Urteil von Richtern besonders stark beeinflusst.

32 *Simonson/Tversky* (Fn. 20), 290.

33 Dies folgt aus der Annahme der Rangordnung der Präferenzen.

34 *Simonson* (Fn. 30), 162.

35 *Simonson* (Fn. 30), 163.

36 *Simonson* (Fn. 30), 165.

Der Kompromisseffekt gilt als sehr robust.³⁷ Er wurde mit so unterschiedlichen Gütern wie Wohnungen, Vermögensanlage-Portfolios und Mundspülungen nachgewiesen.³⁸ Eine Alternative gewinnt nach übereinstimmenden Berichten von *Simonson* und *Kivetz et al.* rund 15–20 Prozentpunkte Marktanteil hinzu, wenn sie zur Kompromissoption wird.³⁹ *Kivetz et al.* demonstrieren einen – naturgemäss in absoluten Zahlen etwas geringeren – Kompromisseffekt auch in komplexeren Wahlsituationen mit fünf Optionen, die sich in vier Dimensionen unterscheiden.⁴⁰

V. **Beeinflussung rechtlicher Entscheidungen durch die Anzahl in Betracht gezogener Alternativen**

A) *Demonstration von Kontrast- und Kompromisseffekt im Recht durch Kelman et al.*

Kelman, Rottenstreich und Tversky haben erstmals gezeigt, dass der Kompromisseffekt auch spezifisch juristische Entscheidungen zu beeinflussen vermag. In einer ihrer Studien wurde den Versuchspersonen folgender Sachverhalt geschildert: Ein weisser Angestellter eines privaten Sicherheitsdienstes verdächtigt einen schwarzen Mann zu Unrecht des Einbruchs in einem Shoppingcenter. Der Wachmann beschimpft den vermeintlichen Einbrecher, und es kommt zum Streit. Daraufhin zückt der Beschimpfte eine Pistole und erschiess den Wachmann, nach eigenen Angaben in Selbstverteidigungsabsicht (stark verkürzter Sachverhalt).⁴¹ Den Versuchspersonen wurde erklärt, dass qualifizierter Mord, Mord, vorsätzliche Tötung und fahrlässige Tötung als mögliche Straftatbestände in Frage kämen.⁴² Fahrlässige Tötung kommt nur in Frage, wenn der Angeklagte Anlass hatte, zu glauben, sich mit Waffengewalt verteidigen zu dürfen. Die Unterscheidung zwischen Mord und qualifiziertem Mord hängt davon ab, ob der Wachmann ein Polizist im Sinne des qualifizierten Tatbestandes ist (die Tötung eines Polizisten im Dienst wird in zahlreichen Gliedstaaten der USA als qualifiziertes Delikt angesehen). Auf vorsätzliche Tötung statt auf Mord kann erkannt werden, wenn das Opfer den Angeklagten hinreichend provoziert hat.⁴³

37 *R. Kivetz/O. Netzer/V. Srinivasan*, Alternative Models for Capturing the Compromise Effect, *Journal of Marketing Research* 2004, 237 ff., 238.

38 A.a.O.

39 *Simonson* (Fn. 30), 166; *Kivetz/Netzer/Srinivasan* (Fn. 37), 246.

40 *Kivetz/Netzer/Srinivasan* (Fn. 37), 252.

41 *Kelman/Rottenstreich/Tversky* (Fn. 9), 64 f.

42 Im Original: *special circumstances murder, murder, voluntary manslaughter, involuntary manslaughter*.

43 «*Adequately provoked*», *Kelman/Rottenstreich/Tversky* (Fn. 9), 65.

<i>Tatbestände</i>	<i>Gruppe mit qual. Mord</i>	<i>Gruppe mit fahrl. Tötung</i>
Qualifizierter Mord	13%	–
Mord	57%	38%
Vorsätzliche Tötung	30%	55%
Fahrlässige Tötung	–	7%

Tabelle 1: Resultate der Studie 2 von Kelman et al. (1996)

Der einen Gruppe wurde anschliessend gesagt, dass eine Verurteilung wegen qualifizierten Mordes ausgeschlossen sei, weil der Richter entschieden habe, ein Wachmann sei von Rechts wegen kein Polizist im Sinne des qualifizierten Tatbestandes. Der anderen Gruppe wurde gesagt, der Richter habe entschieden, die fahrlässige Tötung sei aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen. Durch die Manipulation ist für die beiden Gruppen jeweils ein anderer Tatbestand der mittlere und sollte demnach gemäss dem Kompromisseffekt häufiger gewählt werden.

In beiden Gruppen wurde der mittlere Tatbestand erwartungsgemäss am häufigsten gewählt (siehe Tabelle 1). Dadurch erhöht sich der Anteil der Verurteilungen für gewöhnlichen Mord von 38% auf 55%, wenn auf qualifizierten Mord erkannt werden kann.⁴⁴ Selbst wenn er sich nicht des qualifizierten Tatbestandes schuldig gemacht hat, fährt der Angeklagte also erheblich schlechter, wenn das Gesetz einen besonders qualifizierten Tatbestand vorsieht. Der Gesetzgeber muss sich bewusst sein, dass die Einführung eines qualifizierten Tatbestandes auch die Präferenzen für die übrigen Tatbestände verändert.⁴⁵

B) *Die lebenslängliche Verwahrung: eine neue Alternative*

Das revidierte Strafgesetzbuch, das am 13. Dezember 2002 verabschiedet wurde (BBl 2002 8240), aber frühestens am 1. Januar 2007 in Kraft tritt,⁴⁶ sieht eine zeitlich unbegrenzte Verwahrung bei Rückfallgefahr bereits für Ersttäter vor, die jemanden schwer geschädigt haben oder schädigen wollten (Art. 64 revidiertes StGB). Psychisch unauffällige Täter (Art. 64 lit. a revStGB) und psychisch schwer gestörte Täter, bei denen eine stationäre Behandlung keinen Erfolg verspricht (Art. 64 lit. b revStGB), sind zu verwahren. Die Verwahrung wird in Anschluss an die Freiheitsstrafe vollzogen, so dass der Täter mindestens während der Dauer der Freiheitsstrafe

⁴⁴ Kelman/Rottenstreich/Tversky (Fn. 9), 67.

⁴⁵ Kelman/Rottenstreich/Tversky (Fn. 9), 75.

⁴⁶ Medienmitteilung des EJPD vom 4. März 2005, erhältlich unter www.ejpd.admin.ch/doks/mm/content/mm-view-d.php?mmID=2337&mmTopic=Strafjustiz (besucht am 29. Juli 2005).

seiner Freiheit beraubt ist. Einmal jährlich muss über die bedingte Entlassung beschlossen werden (Art. 64b Abs. 1 revStGB). Wer verwahrt wurde, kann nur bedingt und gestützt auf eine unabhängige sachverständige Begutachtung und nach Anhörung einer Fachkommission entlassen werden (Art. 64b revStGB).

Die Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» wurde am 8. Februar 2004 von Volk und Ständen gutgeheissen. Absätze 1 und 2 des aufgrund der Volksinitiative neu in die Bundesverfassung aufgenommenen Artikels 123a lauten:

¹Wird ein Sexual- oder Gewaltstraftäter in den Gutachten, die für das Gerichtsurteil nötig sind, als extrem gefährlich erachtet und nicht therapierbar eingestuft, ist er wegen des hohen Rückfallrisikos bis an sein Lebensende zu verwahren. Frühzeitige Entlassung und Hafturlaub sind ausgeschlossen.

²Nur wenn durch neue, wissenschaftliche Erkenntnisse erwiesen wird, dass der Täter geheilt werden kann und somit keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellt, können neue Gutachten erstellt werden. Sollte auf Grund dieser neuen Gutachten die Verwahrung aufgehoben werden, so muss die Haftung für einen Rückfall des Täters von der Behörde übernommen werden, die die Verwahrung aufgehoben hat.

Die vom Bundesrat eingesetzte Arbeitsgruppe «Verwahrung» hat zur Umsetzung der Volksinitiative eine Anpassung des revidierten Strafgesetzbuches empfohlen.⁴⁷ Art. 64 Abs. 1^{ter} des Vorentwurfs der Arbeitsgruppe («Vorentwurf») sieht neben der «ordentlichen» die «lebenslängliche» Verwahrung vor, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

^{1ter}Das Gericht ordnet die lebenslängliche Verwahrung an, wenn der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, eine Vergewaltigung, einen Raub, eine Geiselnahme, eine Brandstiftung oder ein anderes Verbrechen begangen hat, durch das er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte, und

- a. beim Täter im Vergleich zu anderen Tätern solcher Delikte eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass er ein weiteres Verbrechen dieser Art begeht, und
- b. der Täter aufgrund besonderer Persönlichkeitsmerkmale als dauerhaft nicht therapierbar eingestuft wird, weil die Behandlung langfristig keinen ausreichenden Erfolg verspricht.

47 Vorentwurf der Arbeitsgruppe «Verwahrung» vom 15. Juli 2004 zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 betreffend die Umsetzung von Artikel 123a BV (lebenslängliche Verwahrung) und einzelne nachträgliche Korrekturen am neuen Massnahmenrecht, erhältlich unter www.ofj.admin.ch/themen/lebverwahr/vorentwurf-d.pdf (besucht am 15. Februar 2005).

Die vorzeitige bedingte Entlassung aus der Freiheitsstrafe ist bei der lebenslänglichen Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1^{ter} des Vorentwurfs ausgeschlossen. Anders als die Volksinitiative sieht der Vorentwurf ein Kontrollverfahren vor (Art. 64c Vorentwurf), das aber nach Auffassung namhafter Rechtslehrer den Anforderungen von Art. 5 Abs. 4 EMRK (Recht auf gerichtliche Überprüfung des Freiheitsentzugs) nicht genügt.⁴⁸ Der Vorentwurf senkt andererseits die Anforderungen an die ordentliche Verwahrung. Es ist für eine ordentliche Verwahrung keine besonders qualifizierte Anlasstat mehr notwendig, sondern jedes Vergehen oder Verbrechen genügt, wenn der Täter besonders gefährlich ist (Art. 64 Abs. 1 Vorentwurf). Verschiedene Kreise haben den Vorentwurf heftig kritisiert, so insbesondere die Professoren und Professorinnen für öffentliches Recht der Universität Bern.⁴⁹

Die EMRK-Konformität oder Verfassungsmässigkeit der vorgeschlagenen Änderungen sind nicht Thema dieses Aufsatzes. Die «lebenslängliche» Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1^{ter} Vorentwurf erweitert auf jeden Fall die dem Gericht zur Verfügung stehenden Wahlmöglichkeiten. Die ordentliche Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 Vorentwurf ist nun nicht mehr die extremste, die persönliche Freiheit am stärksten beschränkende Massnahme, sondern eine mittlere Lösung, die zwischen Freiheitsstrafe und «lebenslänglicher» Verwahrung steht.⁵⁰

Jede Freiheitsstrafe und die Bewegungsfreiheit einschränkende Massnahme (Verwahrung) greift in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) des Betroffenen ein. Die Rechtfertigung für den Eingriff liegt primär in der spezialpräventiven Wirkung der freiheitsbeschränkenden Massnahme (die Strafe wird nicht ausschliesslich, aber auch, aus spezialpräventiven Gründen angeordnet). Bei gefährlichen Tätern überwiegt das öffentliche Interesse an der Einschränkung ihrer Bewegungsfreiheit zur Verhinderung weiterer Straftaten das private Interesse des Betroffenen, sich ungehindert bewegen zu können. So betrachtet lässt sich jede freiheitsbeschränkende Massnahme schematisch als Trade-off zwischen persönlicher Freiheit und öffentlicher Sicherheit darstellen (Abbildung 5).

48 Siehe K.-L. Kunz/A. Bächtold/R. Kiener/G. Heine/P. Tschannen/W. Kälin/J. Kinzig, Universität Bern zum Vorentwurf der Arbeitsgruppe «Verwahrung», Jusletter vom 13. Dezember 2004, Rz. 7 ff., erhältlich unter www.cx.unibe.ch/krim/Vernehmlassung%20Uni.pdf (besucht am 15. Februar 2005).

49 A.a.O.

50 Auch eine ordentliche Verwahrung kann lebenslänglich sein, wenn der Täter gefährlich bleibt. Es hat sich aber eingebürgert, von «lebenslänglicher» Verwahrung zu sprechen, wenn die Verwahrung im Sinne von Art. 123a BV gemeint ist (z.B. Kunz et al. [Fn. 48]), weshalb im Folgenden auf die Anführungszeichen verzichtet wird.

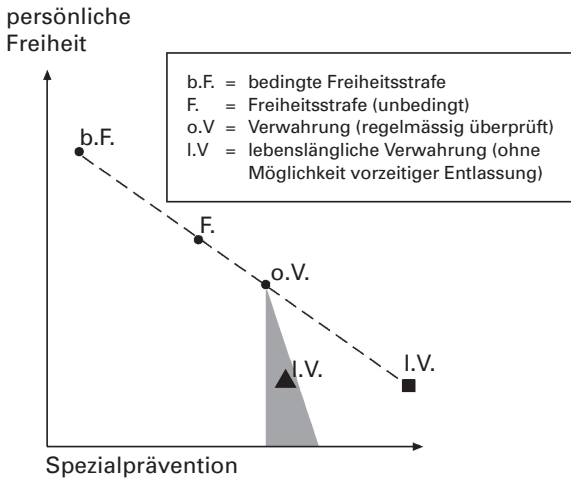


Abbildung 5: Trade-off zwischen persönlicher Freiheit und öffentlicher Sicherheit

Die bedingte Freiheitsstrafe schränkt die persönliche Freiheit am wenigsten ein, hat aber auch die geringste spezialpräventive Wirkung. Das soll nicht heissen, dass die Rückfallgefahr nach einer vollzogenen Freiheitsstrafe geringer ist als nach einer bedingten Strafe. Tatsache ist aber, dass der Täter während des Vollzugs der Freiheitsstrafe nicht weiter delinquieren kann, so dass die Spezialprävention zumindest während dieser Zeit sichergestellt ist. Die unbedingte Freiheitsstrafe hat daher eine grössere spezialpräventive Wirkung, schränkt aber auch die persönliche Freiheit stärker ein. Sie steht zwischen bedingter Freiheitstrafe und ordentlicher Verwahrung. Die ordentliche Verwahrung mit regelmässiger Überprüfung nach Art. 64 Abs. 1 Vorentwurf stellt die nächste Stufe dar. Sie schränkt die persönliche Freiheit stärker als die unbedingte Freiheitsstrafe ein, weil der Vollzug der Freiheitsstrafe der Verwahrung vorausgeht (der Täter somit länger eingesperrt bleibt), aber ihre spezialpräventive Wirkung ist auch grösser.

Bis zur (vorgeschlagenen) Einführung der lebenslänglichen Verwahrung war die ordentliche Verwahrung gleichzeitig ultima ratio, das extremste Mittel zum Schutz der Gesellschaft vor einem gefährlichen Straftäter. Mit der lebenslänglichen Verwahrung steht den Gerichten nun eine zusätzliche, extremere Alternative zur Auswahl. Ob man die lebenslängliche Verwahrung eher beim Viereck oder beim Dreieck in der Abbildung 5 ansiedelt, hängt davon ab, wie gross der Gewinn an Sicherheit durch die lebenslängliche Verwahrung gegenüber der ordentlichen Verwahrung ist. Die Befürworter der lebenslänglichen Verwahrung werden sie beim Viereck, d.h. in der linearen Fortsetzung der Trendlinie, ansiedeln: Auch sie werden kaum bestreiten, dass die lebenslängliche Verwahrung eine stärkere Beschränkung

der persönlichen Freiheit bedeutet als die ordentliche Verwahrung. Sie machen aber geltend, dass dieser Nachteil durch die grössere spezialpräventive Wirkung aufgewogen wird. Gegner der lebenslänglichen Verwahrung meinen, dass der Verlust an persönlicher Freiheit (und Rechtsstaatlichkeit) durch den geringen zusätzlichen Gewinn an öffentlicher Sicherheit nicht kompensiert wird. Sie sehen die lebenslängliche Verwahrung im grauen Bereich der Abbildung 5, wo die klar minderwertigen Alternativen angesiedelt sind.

Ob die lebenslängliche Verwahrung im Bereich der Trendlinie oder bei den klar minderwertigen Alternativen angesiedelt wird, ist für die Analyse irrelevant: Kontrast- und Kompromisseffekt legen auf jeden Fall nahe, dass mit der Einführung der lebenslänglichen Verwahrung der Anteil der ordentlichen Verwahrungen zu Lasten der «gewöhnlichen» Freiheitsstrafen (ohne Verwahrung) steigen wird. Im Rahmen meiner Dissertation habe ich diese Voraussage empirisch überprüft.

VI. Studie zum Kompromisseffekt

A) Methode

Im Oktober 2004 wurden insgesamt 476 Fragebogen an die Richterinnen und Richter der Zivil- und Strafgerichte der Kantone beider Basel, Bern und Graubünden verschickt.⁵¹ 230 Richterinnen und Richter beantworteten die hier relevante Frage, was einer für eine briefliche Umfrage sehr guten Rücklaufquote von 48% entspricht.⁵²

Die Frage basierte auf dem leicht abgewandelten Sachverhalt des Bundesgerichtsurteils 6S.782/2000 vom 20. Dezember 2000.⁵³ Gemäss originalen Sachverhalt hatte der mehrfach einschlägig vorbestrafte Täter erneut zwei Kinder unter zehn Jahren sexuell missbraucht (ohne Gewaltanwendung). Beide kantonalen Vorinstanzen verwarhten den Verurteilten. Das Bundesgericht hob den Entscheid der Vorinstanz auf und wies den Fall zur erneuten Beurteilung an das Kantonsgericht zurück. Es kritisierte, das vorinstanzliche Urteil beantworte die Frage nicht, «ob sich die Straftaten des Beschwerdeführers gegenüber dem jüngeren Knaben als einmalig oder als Höhepunkt einer stetigen Verschlimmerung des sexuellen Krankheitsbildes darstellen» (Urteil 6S.782/2000, E. 1d). Daher könne ohne Ergänzung des Sachverhalts nicht entschieden werden, ob eine schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit

51 Der Fragebogen enthielt noch weitere Sachverhalte, siehe dazu *Schweizer* (Fn. 5), Rz. 157 ff.

52 *A. Kuhn/P. Villettaz/A. Joyet/F. Willi*, Öffentliche Meinung und Strenge der Richter, *Crimiscope* Nr. 19, Lausanne 2000, 2, berichten von einer Rücklaufquote von 44% bei einer Umfrage mit ähnlicher Methode.

53 Der Wortlaut des Sachverhalts findet sich bei *Schweizer* (Fn. 5), Anhang C.

im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB vorliege. Da sich diese Frage kaum objektiv beantworten lässt, ist das Urteil gut geeignet als Stimulusmaterial, da vernünftige Menschen geteilter Meinung sein können, ob eine Verwahrung angezeigt ist.

Die Hälfte der Richter wurde gebeten, zu urteilen, ob der Angeklagte a) mit drei Jahren Gefängnis unbedingt mit begleitender ambulanter Psychotherapie; oder b) mit drei Jahren Gefängnis unter Aufschub des Vollzugs der Strafe zugunsten einer Verwahrung auf unbestimmte Zeit bestraft werden soll. Die Richter wurden darüber informiert, dass der Verurteilte aus der Verwahrung entlassen wird, wenn feststeht, dass er keine Gefahr für die Gesellschaft mehr darstellt. Die Richter in dieser Gruppe wurden ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die lebenslängliche Verwahrung ohne vorzeitige Entlassung nicht zur Verfügung steht.

Der letztgenannte Hinweis erfolgte, um sicherzustellen, dass die unterschiedlichen Anteile der verschiedenen Optionen nicht auf einen unterschiedlichen Informationsstand zurückzuführen sein können. Wenn die Option lebenslängliche Verwahrung zur Verfügung steht, kann dies dazu führen, dass man sich Gedanken macht, welche Aspekte des Sachverhalts für die lebenslängliche Verwahrung sprechen. Damit wird der Blick auf die massnahmeschärfenden Merkmale des Sachverhalts gelenkt, was auch ohne Rückgriff auf Kontrast- oder Kompromisseffekt erklären kann, warum vermehrt ordentliche Verwahrungen ausgesprochen werden.⁵⁴ Da die Richterinnen und Richter in der Gruppe ohne lebenslängliche Verwahrung ausdrücklich auf die lebenslängliche Verwahrung aufmerksam gemacht wurden, kann diese Erklärung im vorliegenden Fall ausgeschlossen werden, da auch ihr Blick auf die massnahmeschärfenden Merkmale gelenkt wurde.

Der anderen Hälfte der Richter wurde der gleiche Sachverhalt und die gleiche Frage vorgelegt. Einziger Unterschied war, dass die lebenslängliche Verwahrung als weitere Option bei den möglichen Strafen und Massnahmen aufgeführt war (und natürlich der Hinweis, dass die lebenslängliche Verwahrung nicht zur Verfügung steht, fehlte). Die Gruppe «lebenslängliche Verwahrung» hatte also neben den oben erwähnten Möglichkeiten der Verurteilung zu Freiheitsstrafe und ordentlicher Verwahrung die zusätzliche Option, den Angeklagten zu drei Jahren Gefängnis zu verurteilen, wobei der Vollzug der Strafe zugunsten einer lebenslänglichen Verwahrung ohne Möglichkeit der vorzeitigen Entlassung aufgeschoben wird.

B) *Resultate*

Die Gruppe ohne Option «lebenslängliche Verwahrung» präferiert die Freiheitsstrafe klar. Rund zwei Drittel der Richterinnen und Richter in dieser Gruppe wählen die Freiheitsstrafe, und nur 34% verwahren den Angeklagten. In der Gruppe,

⁵⁴ Zu diesen Bedenken generell *Kelman/Rottenstreich/Tversky* (Fn. 9), 71 f.

die die Möglichkeit hat, den Angeklagten lebenslänglich zu verewahren, sinkt der Anteil der Freiheitsstrafen auf 45%, während die ordentlichen Verewahrungen auf 53% steigen. Die lebenslängliche Verewahrung – die aufgrund des Sachverhalts nicht angezeigt ist – wird nur zwei Mal gewählt. Der Unterschied zwischen den beiden Gruppen ist statistisch signifikant.⁵⁵

	<i>Gruppe ohne</i>	<i>Gruppe mit</i>	<i>Total</i>
Gefängnis	78 (65%)	50 (45%)	128
ordentl. Verewahrung	41 (34%)	59 (53%)	100
lebenslängl. Verewahrung	–	2 (2%)	2
Total	119	111	230

Tabelle 2: Resultate

C) *Diskussion*

Die Resultate bestätigen die Ergebnisse von *Kelman et al.*: Durch das Hinzufügen einer extremen Option zum choice set wird die mittlere Option häufiger gewählt. Auch das Ausmass der Verschiebung um rund 20 Prozentpunkte ist vergleichbar mit dem von *Kelman et al.* beobachteten. *Kelman et al.* rapportieren Verschiebungen zugunsten der mittleren Option von 15–20 Prozentpunkten.⁵⁶

Eine einstweilen offene Frage ist, inwiefern sich die Resultate in die Wirklichkeit übertragen lassen. Aufgrund der zahlreichen Studien zum Kompromiss- und Kontrasteffekt darf man davon ausgehen, dass die Effekte robust sind. Andererseits wurde das choice set hier – wie in den meisten anderen Studien – künstlich eingeschränkt. Der Richter hat in Wirklichkeit oft mehr als zwei oder drei Entscheidungsmöglichkeiten – so bietet insbesondere die Länge der Freiheitsstrafe breiten Spielraum, um spezialpräventiven Gedanken Rechnung zu tragen. Ob und wie Kontrast- und Kompromisseffekte in einer solchen Situation wirken, ist empirisch noch ungeklärt. Die Resultate von *Kivetz et al.* deuten allerdings darauf hin, dass der Kompromisseffekt auch in komplexen Wahlsituationen einen Einfluss auf die Entscheidung hat.⁵⁷ Studien, die unter realistischeren Bedingungen durchgeführt wurden, legen nicht nahe, dass der Effekt vollständig verschwinden wird.⁵⁸

55 $\chi^2 = 11,100$; $p = 0,004$.

56 *Kelman/Rottenstreich/Tversky* (Fn. 9), 64, 67. *Kelman et al.* haben mehrere Sachverhalte getestet, deshalb die Angabe einer Bandbreite.

57 *Kivetz/Netzer/Srinivasan* (Fn. 37), 252.

58 *Kelman/Rottenstreich/Tversky* (Fn. 9), 73.

Kombiniert mit denen anderer Studien, machen die vorliegenden Resultate zumindest glaubhaft, dass Kompromiss- und Kontrasteffekte juristische Entscheidungen beeinflussen. Anekdotische Evidenz stützt diese Annahme. Jeremy Stephenson, Präsident des Strafgerichts Basel-Stadt, sagte in einem Interview gegenüber der SonntagsZeitung, dass er auch nach deren Einführung kaum je eine lebenslängliche Verwahrung aussprechen werde und sich stattdessen für die ordentliche Verwahrung entscheiden würde.⁵⁹ Damit hat er natürlich nicht gesagt, dass er sich inskünftig häufiger für die ordentliche Verwahrung entscheidet; das soll ihm auch nicht unterstellt werden. Aber die ordentliche Verwahrung lässt sich eben leichter rechtfertigen, wenn daneben noch die lebenslängliche Verwahrung zur Verfügung steht – man hat den Täter dann ja «nur» ordentlich verwahrt, nicht lebenslänglich. Dies wird nach meiner Auffassung dazu führen, dass vermehrt ordentliche Verwahrungen anstelle von Freiheitsstrafen mit ambulanter Psychotherapie ausgesprochen werden.

VII. **Schlussfolgerung**

Die Kontextabhängigkeit juristischer Urteile ist aus normativer Sicht bedenklicher als die Kontextabhängigkeit der Kaufentscheidungen von Konsumenten. Weil es keinen normativen Standard für die richtige Wahl gibt, kann die Entscheidung eines Konsumenten für oder gegen ein Produkt kaum je als falsch bezeichnet werden. Der Konsument wählt nach seinen Präferenzen, und diese ändern sich offenbar je nachdem, wie viele Produkte zur Auswahl stehen. Von einem «Fehler» des Konsumenten kann man allenfalls dann sprechen, wenn er seinen Entscheid bereut und rückgängig machen möchte, nachdem er über den Kontrast- und Kompromisseffekt aufgeklärt wurde.⁶⁰

Juristische Urteile jedoch sollten durch (mehr oder weniger) explizite Normen bestimmt sein. Sie treffen nicht den Entscheidenden, sondern Dritte. Sind sie kontextabhängig, so ist das problematisch. Ob jemand verwahrt wird, sollte davon abhängen, ob von ihm eine schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ausgeht, die nicht durch andere Massnahmen verhindert werden kann (Art. 59, 64 Abs. 1 Vorentwurf). Der Entscheid für eine ordentliche Verwahrung sollte nicht davon beeinflusst werden, ob die Möglichkeit der lebenslänglichen Verwahrung ebenfalls zur Auswahl steht, wenn der Täter eine besonders schwere Anlasstat begangen hat und «im Vergleich zu anderen Tätern solcher Delikte eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass er ein weiteres Verbrechen dieser Art begeht,

59 SonntagsZeitung vom 11. Juli 2004, 5.

60 *Kelman/Rottenstreich/Tversky* (Fn. 9), 74.

und der Täter aufgrund besonderer Persönlichkeitsmerkmale als dauerhaft nicht therapierbar eingestuft wird» (Art. 64 Abs. 1^{ter} lit. a und b Vorentwurf).

Kontrast- und Kompromisseffekt legen aber nahe, dass eine solche Beeinflussung erfolgt. Durch die Einführung einer weiteren, scheinbar klar abgegrenzten, Kategorie werden nicht nur die Fälle geregelt, die in diese Kategorie fallen. Es verschiebt sich auch das Verhältnis der bisherigen Kategorien – ohne dass die formellen Abgrenzungskriterien verändert würden. Dies gilt selbst dann, wenn die neue Kategorie kaum je angewandt wird. Dass das neue Institut der lebenslänglichen Verwahrung möglicherweise kaum angewandt werden wird,⁶¹ ändert daher nichts daran, dass sich die Zahl der ordentlichen Verwahrungen erhöhen und die Einführung der lebenslänglichen Verwahrung praktische Auswirkungen haben wird.

61 *L. Moreillon* in der Sonntagszeitung vom 19. September 2004, 5.