

§ 10 Unterlassungseffekt (*omission bias*)

- 306 Dass man lieber nicht handelt, wenn die Folgen der Handlung unsicher sind, scheint damit zusammenzuhängen, dass man sich für die (möglicherweise negativen) Folgen einer Handlung mehr verantwortlich fühlt als für die gleichen Folgen einer Unterlassung.⁵⁴⁴ Gilt dies auch, wenn man die Handlung oder Unterlassung eines anderen beurteilt, d.h. beurteilen wir eine Handlung eines anderen, die zu einem Misserfolg geführt hat, negativer als eine Unterlassung, die zum identischen Misserfolg geführt hat?

I. Psychologische Studien zur moralischen Bewertung von Handlungen und vorsätzlichen Unterlassungen

- 307 MARK SPRANCA, ELISA MINSK und JONATHAN BARON sind der erwähnten Frage nachgegangen.⁵⁴⁵ Sie haben ihren Versuchspersonen unter anderem den folgenden Sachverhalt vorgelegt und sie gebeten, die Unmoral der Handlung oder Unterlassung auf einer Skala von 0 (nicht unmoralisch) bis 100 (äusserst unmoralisch) zu bewerten: In dem Tennisclub, in dem John spielt, findet jährlich ein Turnier statt, das John als bester Spieler des Clubs regelmässig gewinnt. Dieses Jahr jedoch hat die Klubleitung Ivan Lendl als Gaststar eingeladen. John weiss, dass er gegen Ivan in Normalform verlieren wird. Am Abend vor dem Final findet ein Abendessen statt, an dem die Spieler teilnehmen. John erfährt, dass Ivan allergisch auf Cayenne-Pfeffer reagiert und weiss im Gegensatz zu Ivan, dass das House-Dressing des Club-Restaurants Cayenne-Pfeffer enthält. Er denkt sich, dass Ivan wahrscheinlich die ganze Nacht nicht schlafen können, wenn er das House-Dressing isst und am nächsten Tag dementsprechend in schlechter Verfassung sein wird, weshalb er (John) eine Chance hat, gegen Ivan zu gewinnen.
- 308 Den Versuchspersonen in der „Handlung“ Gruppe wurde gesagt, dass John, bevor sich Ivan für eine Sauce entscheidet, das House-Dressing empfiehlt. Hätte John nichts gesagt, hätte sich Ivan für die (pfefferfreie) italienische Sauce entschieden. Den Versuchspersonen in der „Unterlassung“ Gruppe wurde gesagt, dass Ivan das House-Dressing bestellt, ehe John etwas gesagt hat. John sitzt neben Ivan und ist sich bewusst, dass Ivan eine andere Sauce bestellt hätte, wenn er ihn vor dem Cayenne-Pfeffer gewarnt hätte. In beiden Fällen erleidet Ivan eine allergische Reaktion und John gewinnt das Spiel.⁵⁴⁶
- 309 Ob Handlung und Unterlassung in diesem Fall wirklich als gleichwertig zu bewerten ist, ist eine umstrittene Frage. Das schweizerische Recht verneint sie bekanntlich (näheres hinten, S. 111 ff.). Manche Philosophen vertreten die Auffassung, dass die Unterscheidung dort, wo der Vorsatz sowohl bei Handlung wie bei Unterlassung gleichermassen vorliegt, nicht

⁵⁴⁴ Siehe die in FN 528 zitierten Autorinnen.

⁵⁴⁵ MARK SPRANCA/ELISA MINSK/JONATHAN BARON, *Omission and Commission in Judgment and Choice*, *Journal of Experimental Social Psychology* 1991, 76-105.

⁵⁴⁶ SPRANCA/MINSK/BARON, FN 545, 80.

haltbar ist,⁵⁴⁷ während andere darauf beharren, dass ein relevanter Unterschied besteht.⁵⁴⁸ Für Vertreter einer konsequentialistischen Ethik, die die Moral einer Handlung oder Unterlassung an den beabsichtigten Konsequenzen misst, kann es ohnehin keinen Unterschied zwischen Handlung und Unterlassung geben, wenn die beabsichtigten Folgen der beiden identisch sind.⁵⁴⁹ Nach der Theorie der rationalen Entscheidung (*rational choice theory*) ist diejenige Alternative vorzuziehen, die den grössten erwarteten Nutzen hat, unabhängig davon, ob es sich um eine Handlung oder Unterlassung handelt.

- 310 Psychologisch gesehen besteht aber offenbar ein Unterschied zwischen Handlung und Unterlassung: 65 % der Versuchspersonen von SPRANCA et al. bewerteten die Handlung als unmoralischer als die vorsätzliche Unterlassung, nur eine einzige die Unterlassung als unmoralischer als die Handlung.⁵⁵⁰
- 311 In den meisten Fällen ist die Unterscheidung zwischen Handlung und Unterlassung sinnvoll: die Folgen von Handlungen sind meist beabsichtigt, die Folgen von Unterlassungen werden häufig nicht angestrebt und sind unbeabsichtigt. Oft lässt sich daher von der Handlung, nicht aber von der Unterlassung, auf den Vorsatz schliessen. SUNSTEIN nennt dies eine „moralische Urteilsheuristik“, die oft richtig ist, aber durch Übergeneralisierung – d.h. Anwendung auf Fälle, auf die sie nicht passt – zu Fehlurteilen führen kann.⁵⁵¹ Es handelt sich um ein Beispiel der von KAHNEMAN/FREDERICK beschriebenen Attribut-Substitution, die von ihnen als Ursache der Urteilsheuristiken gesehen wird: das schwer erkennbare Zielattribut „Vorsatz/kein Vorsatz“ wird durch das leichter erkennbare heuristische Attribut „Handlung/Unterlassung“ ersetzt.⁵⁵²
- 312 Wenn diese These stimmt, müsste die Unterscheidung zwischen Handlungen und Unterlassung verschwinden, wenn der Vorsatz der handelnden und nicht handelnden Personen gleich beurteilt wird. SPRANCA et al. berichten, dass dies nicht zutrifft, d.h. auch wenn der Vorsatz gleich bewertet wird, wird die Handlung als unmoralischer als die Unterlassung bewertet. Ein Drittel der Versuchspersonen, die den Vorsatz von John im Tennis-Szenario bei Handlung und Unterlassung identisch sahen, bewerteten die Handlung

⁵⁴⁷ JONATHAN BENNETT, *Morality and Consequences*, in: STERLING MCMURRIN (Hrsg.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Bd. 2, Salt Lake City 1981, 45-116; ebenso CASS R. SUNSTEIN, *Moral Heuristics and Moral Framing*, *Minnesota Law Review* 2004, 1556-1597, 1582: “There is no morally relevant difference between the two [sc. Handlungen und Unterlassungen]; the act-omission distinction makes a difference apparent or even clear when it is not real”; für DIETER BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, Stuttgart 1995, 127 ist die Unterscheidung von Tun und Unterlassen *als solche* moralisch nicht relevant; eine unterschiedliche Bewertung kann aber durch die grössere wahrgenommene Bedrohung durch Handlungen gerechtfertigt werden, a. a. O., 206. BIRNBACHER beruft sich dabei ausdrücklich auf die sozialpsychologische Forschung zum *omission bias*.

⁵⁴⁸ Zur Kontroverse der Aktiv-Passiv-Unterscheidung bei der Sterbehilfe mit zahlreichen Hinweisen MARKUS ZIMMERMANN-ACKLIN, *Euthanasie*, 2. Aufl., Freiburg 2002, 223 ff. ZIMMERMANN-ACKLIN selbst ist der Ansicht, dass sich die Unterscheidung unter Berücksichtigung ausschliesslich intrinsischer Faktoren kaum begründen lässt, unter Berücksichtigung moralpsychologischer Aspekte aber plausibel ist.

⁵⁴⁹ PETER SINGER, *Praktische Ethik*, Stuttgart 1984, 204 ff. (deutsche Übersetzung der englischen Originalausgabe von 1979); siehe auch JOEL FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. 1: *Harm to Others*, New York 1984, 171.

⁵⁵⁰ SPRANCA/MINSK/BARON, FN 545, 82.

⁵⁵¹ SUNSTEIN, FN 547, 582 f.; siehe auch SPRANCA/MINSK/BARON, FN 545, 79.

⁵⁵² Zur Attributsubstitution als Erklärung für Urteilsheuristiken siehe KAHNEMAN/ FREDERICK, FN 245, 53 f.

Besonderer Teil

trotzdem als unmoralischer.⁵⁵³ SPRANCA et al. führen dies darauf zurück, dass eine Handlung eher als Ursache wahrgenommen wird, was von den Versuchspersonen beispielsweise damit begründet wird, dass die negativen Folgen der Unterlassung auch dann eingetreten wären, wenn John gar nicht anwesend gewesen wäre.⁵⁵⁴

- 313 KORDES-DE VAAL versucht in einer Serie von Experimenten den Einfluss von empfundener Verursachung, Verantwortung und auf die Folgen gerichtetem Vorsatz auf den Unterlassungseffekt zu unterscheiden.⁵⁵⁵ Sie kommt zum Schluss, dass die unterschiedlich empfundene Verursachung, ohne gleichzeitig wahrgenommene unterschiedliche Absicht, nicht genügt, den Unterlassungseffekt zu bewirken.⁵⁵⁶ Dies stützt die Hypothese der moralischen Urteilsheuristik, gemäss der von Handlung auf Vorsatz und von Unterlassung auf fehlenden Vorsatz geschlossen wird. KORDES-DE VAAL stellt ebenfalls fest, dass die Bewertungen von „Ursache“ und „Verantwortung“ hoch korrelieren, was darauf hindeutet, dass sich die Bedeutung der beiden Konzepte in den Augen der Versuchspersonen kaum unterscheidet.⁵⁵⁷
- 314 Das schweizerische Recht sieht, vereinfacht gesagt, eine strafrechtliche Verantwortung für den durch vorsätzliche Unterlassung herbeigeführten Erfolg in der Regel nur dann vor, wenn zwischen Täter und Geschädigtem eine qualifiziert enge Beziehung besteht. Entspricht diese Unterscheidung zwischen einer vorsätzlichen Unterlassung, deren Folge einen beliebigen Dritten trifft und der vorsätzlichen Unterlassung, deren Folge eine dem Unterlassenden in irgendeiner Art verbundene Person trifft, dem sozialen Empfinden?
- 315 HAIDT und BARON sind dieser Frage nachgegangen. Sie unterscheiden – einer überbrachten Klassifizierung folgend – zwischen sozialen Beziehungen, die auf Hierarchie beruhen (vertikale Beziehungen) und sozialen Beziehungen, die auf Solidarität beruhen (horizontale Beziehungen).⁵⁵⁸ Sie stellen die Hypothese auf, dass Personen in einer Vorgesetzten-Rolle an den Folgen ihrer Handlungen *und* Unterlassungen gemessen werden, weshalb die Unterscheidung zwischen der Beurteilung von Handlungen und Unterlassungen bei ihnen weitgehend verschwindet. Umgekehrt sind Untergebene nicht in erster Linie für die Folgen ihrer Handlungen verantwortlich, sondern für die Einhaltung der ihnen erteilten Weisungen. Bei ihnen sollte die Unterscheidung zwischen Handlungen und Unterlassungen daher besonders ausgeprägt sein. Bei solidarischen Beziehungen, die auf Austausch und gegenseitiger Fürsorge beruhen, ist jede Person für die Beeinträchtigung der anderen Person durch ihre Handlungen und Unterlassungen verantwortlich, weshalb auch hier der Unterlassungseffekt weitgehend verschwinden sollte.⁵⁵⁹
- 316 Die Versuchspersonen wurden wiederum gebeten, den moralischen Wert einer Handlung oder Unterlassung, die zu negativen, aber eindeutig beabsichtigten, Folgen führte, auf einer

⁵⁵³ SPRANCA/MINSK/BARON, FN 545, 83.

⁵⁵⁴ SPRANCA/MINSK/BARON, FN 545, 103.

⁵⁵⁵ KORDES-DE VAAL, FN 528, 161 ff. Der Bindestrich im Namen ist übrigens am richtigen Ort.

⁵⁵⁶ KORDES-DE VAAL, FN 528, 169.

⁵⁵⁷ KORDES-DE VAAL, FN 528, 170.

⁵⁵⁸ JONATHAN HAIDT/JONATHAN BARON, Social Roles and the Moral Judgement of Acts and Omission, European Journal of Social Psychology 1996, 201-218, 202 f.

⁵⁵⁹ HAIDT/BARON, FN 558, 204.

Skala von -100 (sehr schlecht) bis +100 (sehr gut) zu bewerten. Neben Handlung/Unterlassung wurde die soziale Beziehung des Täters zum Geschädigten manipuliert: in einem Szenario waren die beiden „beste Freunde“, in einem zweiten „kannten sie sich aus der Nachbarschaft“ und in einem dritten waren sie sich noch nie begegnet. In allen drei Szenarien wurde die Handlung als schlechter bewertet als die vorsätzliche Unterlassung, die zu den gleichen Folgen führte. Der Unterschied in der Bewertung nahm aber ab, je enger die solidarische Beziehung von Opfer und Täter war: sie betrug im Schnitt 26,4 Punkte bei fehlender Beziehung, 19,7 Punkte bei mittlerer Beziehungsnahe und 15,5 Punkte bei enger Beziehung.⁵⁶⁰

- 317 Die Handlung des Untergebenen, die zur Verletzung des Vorgesetzten führte, wurde im Schnitt mit -41,2 Punkten bewertet, die vorsätzliche Unterlassung, die zur gleichen Verletzung führte, mit -30,4 Punkten. Die Handlung des Vorgesetzten in der gleichen Situation, die zur Verletzung des Untergebenen führte, wurde mit -51,9 bewertet, die vorsätzliche Unterlassung mit -44,4 Punkten.⁵⁶¹ Auch hier wurde in beiden Fällen die Handlung als moralisch schlechter als die vorsätzliche Unterlassung bewertet, aber der Unterschied zwischen der Bewertung von Handlung und Unterlassung ist beim Vorgesetzten geringer (7,5 Punkte) als beim Untergebenen (10,8 Punkte). Die Hypothese, dass soziale Beziehungen die Unterscheidung von Handlung und vorsätzlicher Unterlassung beeinflusst, wird also bestätigt.⁵⁶²

II. Rechtliche Beurteilung von Handlungen und vorsätzlichen Unterlassungen

- 318 Das Strafrecht unterscheidet traditionellerweise zwischen Handlungen und Unterlassungen. Der Satz „*maius delictum est in faciendo quam in omittendo*“ wird dem Glossatoren Accursius (1182-1221) zugeschrieben; ob er ihn als allgemeines Prinzip verstanden hat, bleibt freilich unklar.⁵⁶³ Die *Begründung* der Unterscheidung beschränkt sich allerdings bis in die neuste Zeit auf Evidenzargumente oder Appelle an das Rechtsgefühl.⁵⁶⁴ Das schweizerische Strafrecht sieht unter bestimmten, nachfolgend näher dargestellten, Bedingungen eine Bestrafung für vorsätzliche Unterlassungen vor. Jedes Vorsatzdelikt, das durch Begehung begangen werden kann, kann nach h.L. und Rechtsprechung auch durch Unterlassung begangen werden. Zudem gibt es seit 1990 den Straftatbestand der Unterlassung der Nothilfe, der nur durch vorsätzliche Unterlassung begangen werden kann.

⁵⁶⁰ HAIDT/BARON, FN 558, 207. Alle Unterschiede signifikant auf dem 5 %-Level.

⁵⁶¹ HAIDT/BARON, FN 558, 210. Alle Unterschiede signifikant auf dem 5 %-Level.

⁵⁶² Dies scheint auch ein kulturspezifisches Phänomen zu sein. HAIDT/BARON, FN 558, 217, erwähnen eine Studie von MILLER/BERSOFF/HARWOOD (1990) mit indischen Versuchspersonen, die keinen signifikanten Einfluss der sozialen Rolle auf die Bewertung vorsätzlicher Unterlassungen fand.

⁵⁶³ BIRNBACHER, FN 548, 119.

⁵⁶⁴ Kritisch BIRNBACHER, FN 548, 19, 118 ff.

A. Unterlassung der Nothilfe (Art. 128 StGB)

319 Die meisten Länder des angelsächsischen Rechtskreises kennen keine „*good samaritan*“ Gesetze, die zur Leistung von Nothilfe verpflichten.⁵⁶⁵ In Europa hat Portugal Mitte des 19. Jh. als erstes Land einen Straftatbestand der Unterlassung der Nothilfe geschaffen. Mittlerweile kennt eine Mehrheit der kontinentaleuropäischen Staaten solche Bestimmungen (in Deutschland § 323c dStGB).⁵⁶⁶ In der Schweiz wurde die Bestimmung zur Unterlassung der Nothilfe (Art. 128 Strafgesetzbuch, StGB) erst am 1. Januar 1990 Bestandteil des eidgenössischen Strafrechts. Eine strafrechtlich sanktionierte Verpflichtung, einem beliebigen Dritten, zu dem der Täter nicht in einer besonderen Beziehung steht, zu helfen, besteht nur in einem eng definierten Rahmen. Eine Bestrafung irgendeines Dritten – d.h. nicht desjenigen, der dem Geschädigten eine Verletzung zugefügt hat – wegen vorsätzlicher Unterlassung der Nothilfe setzt voraus, dass

- sich der Geschädigte in unmittelbarer Lebensgefahr befindet; und
- der Täter trotz Tatmacht, d.h. der Möglichkeit, dem Geschädigten zu helfen, die Hilfe unterlässt; und
- die Hilfeleistung dem Täter den Umständen nach zugemutet werden kann, ihn also beispielsweise nicht selber einer erheblichen Gefahr aussetzt.

320 Subjektiv setzt unterlassene Nothilfe Vorsatz voraus, d.h. insbesondere

- muss der Täter erkannt haben, dass sich der Geschädigte in unmittelbarer Lebensgefahr befindet; und
- er muss seine Tatmacht erkennen; und
- er muss die Zumutbarkeit der Hilfeleistung erkennen; und
- er muss trotz diesen Kenntnissen wissentlich und willentlich auf die Hilfeleistung verzichten.

321 Nicht vorausgesetzt wird hingegen, dass der Täter erkennt oder beabsichtigt, dass sich durch seine unterlassene Hilfeleistung die Lage des Geschädigten verschlechtert; Unterlassung der Nothilfe ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt und umfasst keinen tatbestandsmäßigen Erfolg.⁵⁶⁷

322 In Anbetracht der restriktiven Voraussetzungen – in Deutschland ist die unmittelbare Lebensgefahr zum Beispiel nicht erforderlich – überrascht es kaum, dass Unterlassung der Nothilfe, begangen durch einen beliebigen Dritten, in der Praxis geringe Bedeutung hat. Das Bundesgericht hat sich seit dem Inkrafttreten der Bestimmung am 1. Januar 1990 in genau zwei publizierten Urteilen mit Art. 128 StGB befasst. In einem Fall entschied es, dass Art. 128 StGB einer kantonalen Bestimmung vorgeht, die die Unterlassung der Nothilfe auch in Fällen, in denen sich der Geschädigte nicht in unmittelbarer Lebensgefahr befindet, für strafbar erklärt. Es hob deshalb eine Verurteilung der Vorinstanz, die sich auf

⁵⁶⁵ FEINBERG, FN 549, 127.

⁵⁶⁶ FEINBERG, FN 549, 127.

⁵⁶⁷ GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, 91.

den kantonalen Straftatbestand gestützt hatte, auf (BGE 116 IV 19). In einem weiteren Fall befand das Bundesgericht, dass unmittelbare Lebensgefahr vorliegt, wenn eine Überdosis Heroin binnen weniger Stunden zum Tod führen wird (BGE 121 IV 18). Es handelt sich bei diesem Fall um den einzigen publizierten Entscheid, in dem das höchste Gericht eine Verurteilung wegen Art. 128 StGB bestätigte, ohne dass der Täter den Geschädigten selber verletzt hatte.⁵⁶⁸

B. Unechte Unterlassungsdelikte

323 Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung kann jedes vorsätzliche Erfolgsdelikt auch durch Unterlassung begangen werden, allerdings nur dann, wenn der Täter durch ausserstrafgesetzliche Gebote zur Verhinderung des Erfolgseintritts verpflichtet ist. Diese Pflicht kann sich nach dem Bundesgericht „aus gesetzlicher Vorschrift, aus Vertrag oder auch aus den Umständen ergeben“ (BGE 96 IV 155, 174).⁵⁶⁹ Der Täter des unechten Unterlassungsdelikts muss zum Geschädigten in einer so genannten Garantenstellung stehen; beim unechten Unterlassungsdelikt handelt es sich mithin um ein echtes Sonderdelikt.

324 In späteren Urteilen hat das Bundesgericht betont, dass die Garantenstellung nur durch eine „qualifizierte Rechtspflicht“ begründet werden kann (BGE 113 IV 68, 73):⁵⁷⁰

Ein unechtes Unterlassungsdelikt ist gegeben, wenn wenigstens die Herbeiführung des Erfolges durch Tun ausdrücklich mit Strafe bedroht wird, der Beschuldigte durch sein Tun den Erfolg tatsächlich hätte abwenden können und infolge seiner besonderen Rechtsstellung dazu auch so sehr verpflichtet war, dass die Unterlassung der Erfolgsherbeiführung durch aktives Handeln gleichwertig erscheint. Eine derartige Garantenstellung besteht insbesondere für den Täter, der kraft seiner besonderen Rechtsstellung das Gut vor der dieser drohenden Gefahr hätte schützen müssen. Mit der zitierten Rechtsprechung wird deutlich gemacht, dass nicht jede Rechtspflicht für die Begründung einer Garantenpflicht genügt, sondern nur eine qualifizierte.

325 Ein bloss moralisches Gebot zur Gefahrenabwendung genügt nicht, um die Garantenstellung zu begründen (BGE 108 IV 3, 6). Die Garantenpflichten lassen sich nach h.L., die vom Bundesgericht übernommen wird, nach Obhuts- und Überwachungspflichten unterscheiden (BGE 113 IV 68, 73):

Nach allgemeiner Ansicht lassen sich zwei Grundtypen von Garantenstellungen unterscheiden, nämlich einmal Obhutspflichten, d.h. Garantenstellungen zur Verteidigung bestimmter Rechtsgüter gegenüber unbestimmt vielen Gefahren, und zum anderen Überwachungspflichten, d.h. Garantenstellungen zur Überwachung bestimmter Gefahrenquellen zum Schutze unbestimmt vieler Rechtsgüter.

⁵⁶⁸ Im Urteil 6S.162/2000 vom 20. Dezember 2000 sprach das Bundesgericht einen Täter der Verletzung von Art. 128 StGB schuldig, der das Opfer während eines Raubes angeschossen und lebensgefährlich verletzt hatte (in Anbetracht dessen, dass der Täter zu insgesamt 14 Jahren Zuchthaus verurteilt wurde, fragt man sich, welche Strafschärfung wohl die Verurteilung wegen Art. 128 StGB ausgemacht hat).

⁵⁶⁹ JÖRG REHBERG, Strafrecht I, 5. Aufl. Zürich 1993, 182, kritisiert zu Recht, dass die Umschreibung „aus den Umständen“ in Anbetracht von Art. 1 StGB (keine Strafe ohne ausdrückliches Gesetz) viel zu unbestimmt ist.

⁵⁷⁰ Quellenhinweise des Bundesgerichts weggelassen.

Besonderer Teil

- 326 Eine aussergesetzliche Begründung der Garantenstellung ergibt sich nach h.L. und Rechtsprechung in erster Linie aus der so genannten Ingerenz,⁵⁷¹ d.h. derjenige, der „durch sein Tun eine Gefahr geschaffen oder eine solche vergrössert hat [ist] deshalb gehalten [...], dafür zu sorgen, dass die Gefahr zu keiner Verletzung fremder Rechtsgüter führt“ (BGE 108 IV 3, 5).⁵⁷²
- 327 Die rechtliche Regelung der Strafbarkeit deckt sich daher mit dem sozialen Empfinden und wendet sich gegen philosophische Konzepte, die Handlung und vorsätzliche Unterlassung gleichsetzen (insbesondere auch bei der unterschiedlichen Behandlung von aktiver und passiver Sterbehilfe, die für den Ethiker PETER SINGER nicht zu rechtfertigen ist, nach schweizerischem Strafrecht aber anerkannt wird).⁵⁷³
- 328 Die Übereinstimmung zwischen sozialem Empfinden und dem Recht der unechten Unterlassungsdelikte wird noch frappierender, wenn man einzelne höchstrichterliche Urteile betrachtet. Die Begründung von Obhuts- und Schutzpflichten aus allgemeinen Rechtspflichten hat oft etwas Aleatorisches.⁵⁷⁴ In BGE 96 IV 155, 174 f. argumentiert das Bundesgericht, die Pflicht von Bührle, gegen unbewilligte Lieferungen von Waffen nach Südafrika durch Mitarbeiter seines Konzerns einzuschreiten, ergebe sich vielleicht nicht aus positivem Recht, aber aus seiner Stellung als „oberster Leiter“, „nach aussen in Erscheinung tretende[m] Inhaber“ und seiner „beherrschenden Rolle“ „als Haupt der [Waffenfabrik]“. Mit anderen Worten wird, wie dies dem sozialen Empfinden entspricht, eine Person in einer vorgesetzten Position an den Folgen ihrer Entscheidungen gemessen, handle es sich um Handlungen oder vorsätzliche⁵⁷⁵ Unterlassungen.
- 329 Andererseits hat das Bundesgericht in BGE 113 IV 68 entschieden, dass die arbeitsvertragliche Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a Abs. 1 Obligationenrecht, OR) keine Garantenstellung des Arbeitnehmers für das Vermögen des Arbeitgebers begründet. Nur wer eine leitende Stellung innehat, hat eine Garantenpflicht für das Vermögen des Arbeitgebers, sofern die schädigenden Handlungen in seinem Zuständigkeitsbereich vorgenommen wurden (BGE 113 IV 68, 75). Gleich argumentiert auch REHBINDER, der nur den leitenden Angestellten als verpflichtet ansieht, gegen Schädigungen des Arbeitgebers durch andere Arbeitnehmer einzuschreiten, während die Pflicht, die Interessen des Arbeitgebers nicht aktiv zu schädigen, für jeden Arbeitnehmer ungeachtet seiner Stellung gilt.⁵⁷⁶ Auch hier deckt sich die Rechtsprechung mit dem sozialen Empfinden, das den

⁵⁷¹ Zum Begriff GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Aufl., Bern 1996, 411 ff.

⁵⁷² In Anbetracht des Rückschaufehlers ist es generell sehr problematisch, aus einer Gefahrenlage auf das Bestehen von Rechtspflichten zu schliessen, siehe dazu hinten, S. 227 f. Kritisch auch STRATENWERTH, FN 571, 412 ff.

⁵⁷³ Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe in der Schweiz siehe ANDREAS DONATSCH, Die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe, in: MATTHIAS METTNER (Hrsg.), Wie menschenwürdig sterben?: Zur Debatte um die Sterbehilfe und die Praxis der Sterbebegleitung, Zürich 2000, 121-137.

⁵⁷⁴ STRATENWERTH, FN 571, 408: „Die Voraussetzungen, unter denen eine Garantenpflicht anzunehmen ist, sind, wie schon angedeutet, sehr zweifelhaft und umstritten“.

⁵⁷⁵ Bührle wusste gemäss Sachverhalt spätestens seit dem 1. oder 2. Juli 1965 mit Sicherheit von den verbotenen Lieferungen, BGE 96 IV 155, 176.

⁵⁷⁶ MANFRED REHBINDER, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330a OR, Bern 1985, Art. 321c N 6 und 9.

Untergebenen nicht für die Folgen seiner vorsätzlichen Unterlassungen verantwortlich macht.

- 330 Rechtsprechung und soziales Empfinden stehen im Widerspruch zueinander, wenn es um die Beurteilung der vorsätzlichen Unterlassung einer Person geht, die in einer rechtlich sanktionierten solidarischen Beziehung zu einer anderen Person steht – Paradebeispiel ist natürlich die Ehe, wo Art. 159 Abs. 3 Zivilgesetzbuch (ZGB) eindeutig gegenseitige Beistandspflichten der Eheleute statuiert. Wie die Experimente von HAIDT/BARON zeigen, beurteilen Menschen die moralische Vorwerfbarkeit von Handlung und vorsätzlicher Unterlassung in solchen Beziehungen immer noch unterschiedlich, wenn auch weniger stark als ohne solidarische Beziehung, während das Recht verlangt, dass sie gleich zu beurteilen sind.
- 331 Die Begehung durch vorsätzliche Unterlassung ist kein Strafmilderungsgrund nach Art. 64 StGB (anders in Deutschland, wo § 13 Abs. 2 dStGB die fakultative Strafmilderung für unechte Unterlassungsdelikte ausdrücklich vorsieht). Die Lehre erwähnt auch nicht, dass die Begehung durch Unterlassung als strafmildernd im Rahmen von Art. 63 StGB zu berücksichtigen ist, Faktoren wie die „kriminelle Energie“ des Täters und die „Intensität des verbrecherischen Willens“⁵⁷⁷ werden allerdings auch durch die Unterscheidung von Handlung und vorsätzlicher Unterlassung beeinflusst. Die psychologische Forschung zum Unterlassungseffekt legt es nahe, dass Richterinnen und Richter dennoch einen Unterschied beim Verschulden machen werden.

III. Eigene Studie zum Unterlassungseffekt

A. Frage zum Unterlassungseffekt

- 332 Den Richterinnen und Richtern der Kantone Basel-Landschaft, Bern und Graubünden wurde folgender Sachverhalt zur Beurteilung vorgelegt (2004):

Das Ehepaar E. ist seit vielen Jahren verheiratet. Die Ehe ist nicht mehr glücklich und der Ehemann hat eine Geliebte. Er würde sich am liebsten scheiden lassen, verzichtet aber aus finanziellen Gründen darauf.

Die Ehefrau leidet an einer Erdnuss-Allergie. Diese kann beim Verzehr von Erdnüssen zu einem allergischen Schock und zum Tod führen. Ihr Ehemann weiss dies.

Das Stammlokal des Ehemannes macht eine hausgemachte Salatsauce („House-Dressing“), die einen geringen Anteil an pürierten Erdnüssen enthält. Der Ehemann weiss von den Erdnüssen im House-Dressing.

Auf Wunsch der Ehefrau geht das Ehepaar gemeinsam in das Stammlokal des Ehemannes.

Als die Ehefrau einen Salat bestellt, fragt der Kellner, ob sie italienische oder französische Sauce oder das House-Dressing möchte. Die Ehefrau weiss nicht, dass das House-Dressing Spuren von Erdnüssen enthält und erkundigt sich auch nicht danach.

- 333 In einem zweifaktoriellen Versuchsplan wurden die Faktoren „Handlung versus Unterlassung“ und „Erfolg versus Versuch“ variiert. In der Version „Unterlassung“ lautete der Sachverhalt:

⁵⁷⁷ STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch: Kurzkommentar, Zürich 1989, vor Art. 63 N 12 f.

Besonderer Teil

Die Frau bestellt das House-Dressing. Der Mann warnt sie nicht. Der Mann weiss, dass sich seine Frau für eine andere Sauce entschieden hätte, wenn er sie gewarnt hätte.

334 In der Version „Handlung“ lautete der Sachverhalt stattdessen:

Bevor sich die Frau entscheiden kann, empfiehlt ihr Mann das House-Dressing. Die Frau entscheidet sich dann auch für das House-Dressing. Hätte der Mann nichts gesagt, so hätte seine Frau die italienische Sauce bestellt.

335 In der Version „Erfolg“ erleidet die Frau einen allergischen Schock, an dem sie stirbt. In der Version „Versuch“ erleidet sie ebenfalls einen allergischen Schock, der aber sehr schwach ausfällt und ausser einem kurzzeitigen Unwohlsein keine weiteren Folgen hat.

336 Die Richterinnen und Richter wurden zuerst gefragt, wie sie das Verschulden des Mannes auf einer siebenstufigen Skala (1 = geringes Verschulden, 7 = schweres Verschulden) einschätzen. Zweitens wurden sie nach der ihrer Ansicht nach angemessenen Strafe gefragt (offene Fragestellung).

337 Die Hypothese ist natürlich, dass die Richter das Verschulden bei der Unterlassung geringer als bei der Handlung bewerten und eine tiefere Strafe aussprechen. Erwartet wurde ebenfalls, dass Verschulden und Strafe im Erfolgsfall (Tod der Frau) schwerer ausfällt als beim vollendeten Versuch.

B. Rechtliche Beurteilung der Sachverhaltsvarianten

338 In der Version „Handlung, Erfolg“ des Sachverhalts macht sich der Mann der vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB, evtl. des Mordes im Sinne von Art. 112 StGB schuldig.

339 Art. 111 StGB ist ein Erfolgsdelikt, Erfolg ist die Tötung eines anderen Menschen. Der Mann unternimmt alles, was seiner Meinung nach notwendig ist, um den tatbestandsmässigen Erfolg herbeizuführen, indem er der Frau die erdnusshaltige Salatsauce empfiehlt. Dass er mit Wissen und Willen handelt, kann aufgrund der Sachverhaltsschilderung kaum bezweifelt werden. Er weiss um die Erdnussallergie seiner Frau und deren potenziell tödlichen Folgen bei Genuss von Erdnüssen. Indem er seiner Frau trotz dieses Wissens die Erdnussauce empfiehlt, nimmt er die Tötung der Frau mindestens billigend in Kauf und handelt somit eventualvorsätzlich.

340 Fragen kann man sich, ob der Mann gar besonders skrupellos oder verwerflich im Sinne des qualifizierten Tatbestandes von Art. 112 StGB (Mord) handelt. Der Sachverhalt legt nahe, dass er die Tötung aus finanziellen Überlegungen, um die Scheidungskosten zu sparen, begeht. In BGE 77 IV 64 hat das Bundesgericht die Tötung eines Ehemannes, der einer Heirat des Geliebten entgegenstand, durch die Ehefrau als Mord qualifiziert; vgl. zur Umschreibung des Mordes generell BGE 118 IV 122, 126, gemäss dem sich ein Mörder in der Regel durch kaltblütigen Egoismus „auszeichnet“. Meines Erachtens liegt es daher nahe, hier einen Mord im Sinne von Art. 112 StGB anzunehmen; aber da die Abgrenzung zwischen vorsätzlicher Tötung und Mord letztlich immer ein Ermessensentscheid bleibt und für das Experiment keine Rolle spielt, möchte ich die Frage nicht weiter vertiefen.

- 341 In der Version „Handlung, Versuch“ liegt vollendeter Versuch der vorsätzlichen Tötung resp. des Mordes sowie eine vollendete Tätlichkeit vor (Art. 111 i. V. m. Art. 22 Abs. 1, Art. 126 StGB). Der Mann unternimmt alles, was seiner Meinung nach zur Herbeiführung des tatbestandsmässigen Erfolgs notwendig ist, aber der Erfolg tritt aufgrund von Umständen, die ausserhalb seiner Herrschaft liegen, nicht ein. Art. 22 StGB sieht für Fälle des vollendeten Versuchs eine fakultative Strafmilderung vor („so kann der Täter milder bestraft werden“). Das Bundesgericht legt Art. 22 StGB aber dahingehend aus, dass die Strafmilderung beim Versuch obligatorisch ist (BGE 121 IV 49, 55). Gemäss Bundesgericht hängt „das Mass der zulässigen Reduktion der Strafe beim vollendeten Versuch unter anderem von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolgs und den tatsächlichen Folgen der Tat ab. Die Reduktion der Strafe wird mit andern Worten umso geringer sein, je näher der tatbestandsmässige Erfolg und je schwerwiegender die tatsächliche Folge der Tat war“ (BGE 121 IV 49, 54). Tatsächlich verursacht die Handlung des Mannes ein „kurzzeitiges Unwohlsein“ der Frau, das wohl noch in den Bereich der Tätlichkeit im Sinne von Art. 126 StGB fällt – die Abgrenzung der Tätlichkeit zur einfachen Körperverletzung ist bekanntlich nicht einfach, und dem Richter kommt ein erhebliches Ermessen zu.
- 342 In der Version „Unterlassung, Erfolg“ macht sich der Mann der vorsätzlichen Tötung, evtl. des Mordes, begangen durch Unterlassung, schuldig (Art. 111, evtl. 112 StGB). Die Garantenstellung des Ehemannes ergibt sich aus Art. 159 Abs. 3 ZGB; dass Art. 159 ZGB eine Garantenstellung begründet, wird nicht bezweifelt.⁵⁷⁸ Der Mann nimmt die Tötung seiner Frau durch Unterlassung zumindest eventualvorsätzlich in Kauf. Die Tatmacht, den Eintritt des Erfolgs zu verhindern, hat er ebenfalls, er bräuchte seine Frau nur zu warnen.
- 343 In der Version „Unterlassung, Versuch“ macht sich der Mann des vollendeten Versuchs der vorsätzlichen Tötung, evtl. des Mordes, begangen durch Unterlassung, sowie der Tätlichkeit, ebenfalls begangen durch Unterlassung, schuldig (Art. 111, evtl. 112, i. V. m. Art. 22 Abs. 1, Art. 126 StGB). Der Mann unterlässt alles, was seiner Meinung nach notwendig ist, den Tod seiner Frau herbeizuführen. Dass die Frau nicht stirbt, ist auf einen glücklichen Umstand zurückzuführen, der ausserhalb der Einflussphäre des Ehemannes liegt. Dass der vollendete Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts geringe praktische Bedeutung hat, ist klar, dogmatisch ist er zweifellos möglich.⁵⁷⁹

C. Resultate

- 344 Von den 234 Richterinnen und Richter, die den Fragebogen zurückschickten, haben 226 (96,6 %) die Frage nach dem Verschulden beantwortet. Die Frage nach der angemessenen Strafe haben 63 (28 %) der Richterinnen und Richter, die die Frage nach dem Verschulden beantwortet haben, nicht beantwortet, und zwar zehn der Gruppe „Handlung, Erfolg“, 15 der Gruppe „Handlung, Versuch“, zwölf der Gruppe „Unterlassung, Erfolg“ und neun der Gruppe „Unterlassung, Versuch“. Acht Richter in der Gruppe „Unterlassung, Versuch“

⁵⁷⁸ STRATENWERTH, FN 571, 409; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. Aufl., Zürich 2004, 251, schränken die Garantenstellung auf tatsächlich zusammenlebende Ehegatten ein.

⁵⁷⁹ TRECHSEL/NOLL, FN 578, 262.

Besonderer Teil

sahen eine Busse als angemessene Strafe, drei Richter in der Gruppe „Handlung, Versuch“ ebenfalls. Kein Richter in der Gruppe „Unterlassung, Erfolg“ oder „Handlung, Erfolg“ erachtete eine Busse als angemessen.⁵⁸⁰ Die Antworten der Richterinnen und Richter, die eine Busse aussprachen, wurden für die folgende Auswertung eliminiert.

Die Resultate sind in der Tabelle 9 von oben nach unten in der Reihenfolge der Beurteilung der Schwere des Verschuldens dargestellt. Die Version des Sachverhalts, bei der das Verschulden als am schwerwiegendsten beurteilt wurde, ist zuoberst. Die kleinere Anzahl verwertbarer Antworten bei den Freiheitsstrafen erklärt sich durch die oben erwähnten fehlenden Antworten, resp. auf Busse erkannten Strafen.

Gruppe		Verschulden	Freiheitsstrafe (in Monaten)
Handlung, Erfolg	Durchschnitt	5,84	91,35
	N	59	49
	Standardabw.	1,29	69,96
Unterlassung, Erfolg	Durchschnitt	5,77	61,27
	N	59	45
	Standardabw.	1,27	54,90
Handlung, Versuch	Durchschnitt	4,51	14,17
	N	53	30
	Standardabw.	1,69	18,58
Unterlassung, Versuch	Durchschnitt	4,35	13,23
	N	55	39
	Standardabw.	1,87	19,31
Total	Durchschnitt	5,15	50,15
	N	226	163
	Standardabw.	1,68	59,44

Tabelle 9: Resultate Unterlassungseffekt

- 345 Auf den ersten Blick fällt auf, dass die Folge einen sehr viel grösseren Einfluss auf das Verschulden und das Strafmass hat als die Unterscheidung zwischen Handlung und Unterlassung. Bei Erfolg – sprich Tod der Ehefrau – wird das Verschulden im Schnitt mit 5,81 Punkten (N = 118) bewertet und eine Freiheitsstrafe von 76,95 Monaten (N = 94) ausgesprochen, während beim Versuch (kurzzeitiges Unwohlsein) das Verschulden mit 4,43 Punkten (N = 108) bewertet und eine Freiheitsstrafe von 13,64 Monaten (N = 69) ausgesprochen wird. Der Einfluss des Ausgangs auf das Verschulden⁵⁸¹ wie auch auf das Strafmass⁵⁸² ist signifikant.

⁵⁸⁰ Der Unterschied ist statistisch signifikant, $\chi^2 = 12,790$, $p < 0,001$.

⁵⁸¹ Mann-Whitney U = 3'391,5, Wilcoxon W = 9'277,5, $p \leq 0,001$.

⁵⁸² Mann-Whitney U = 897,0, Wilcoxon W = 3'312,0, $p \leq 0,001$.

- 346 Der Einfluss der Variable Handlung/Unterlassung auf Verschulden und Strafmass ist geringer. Das Verschulden bei den Handlungen wurde im Schnitt mit 5,21 Punkten (N = 112) bewertet und eine Strafe von 38,97 Monaten (N = 84) ausgesprochen. Bei den Unterlassungen wurde das Verschulden im Schnitt mit 5,09 (N = 114) bewertet und eine Strafe von 62,04 Monaten (N = 79) ausgesprochen. Der Trend des Einflusses zeigt also sowohl beim Verschulden wie auch bei der Unterlassung in die erwartete Richtung, ist aber nur beim Strafmass statistisch signifikant.⁵⁸³
- 347 Betrachtet man die Sachverhalte mit Erfolg und diejenigen, bei denen es beim Versuch blieb, getrennt, zeigt sich folgendes Bild: der Unterlassungseffekt zeigt bei den Sachverhalten mit harmlosem Ausgang weder auf das Verschulden noch auf das Strafmass einen signifikanten Einfluss,⁵⁸⁴ hingegen wirkt er sich auf das Strafmass, nicht jedoch auf das Verschulden, bei den Sachverhalten mit tödlichem Ausgang signifikant aus.⁵⁸⁵

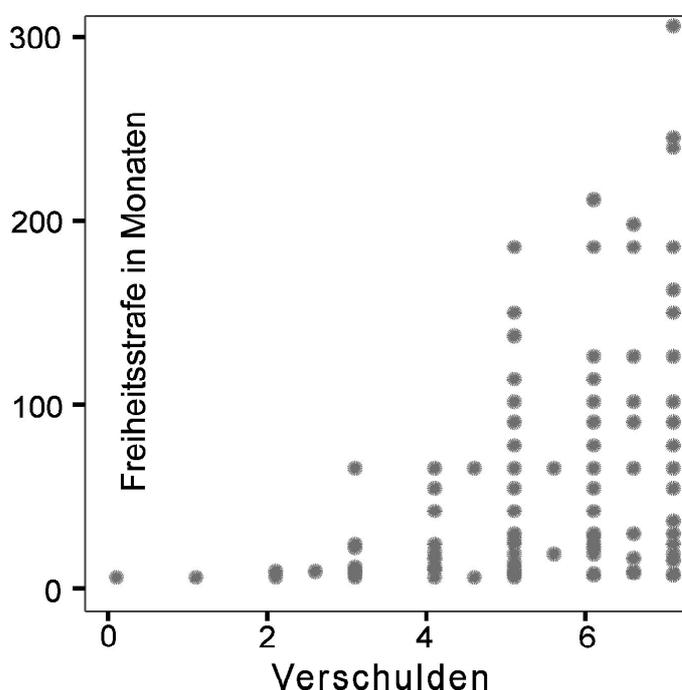


Abbildung 9: Streudiagramm von Verschulden x Strafmass

- 348 Die Korrelation zwischen Verschulden und Strafmass ist in der Abbildung 9 grafisch dargestellt. Der Rangkorrelationskoeffizient (Spearman's Rho) zwischen Verschulden und Strafmass beträgt 0,62 und ist signifikant ($p \leq 0,01$).

⁵⁸³ Beim Verschulden: Mann-Whitney U = 6'147,0, Wilcoxon W = 12'702,0, $p = 0,624$; beim Strafmass: Mann-Whitney U = 2'675,5, Wilcoxon W = 6'245,5, $p = 0,033$.

⁵⁸⁴ Beim Verschulden: Mann-Whitney U = 1403,0, Wilcoxon W = 2943,0, $p = 0,735$; beim Strafmass: Mann-Whitney U = 540,0, Wilcoxon W = 1320,0, $p = 0,583$.

⁵⁸⁵ Beim Verschulden: Mann-Whitney U = 1636,5, Wilcoxon W = 3406,5, $p = 0,563$; beim Strafmass: Mann-Whitney U = 821,5, Wilcoxon W = 1856,5, $p = 0,033$.

D. Diskussion

- 349 Als erstes möchte ich klar festhalten, dass die obigen Resultate nicht einen wie auch immer gearteten „Fehler“ oder eine „Irrationalität“ der Richterinnen und Richter belegen. Es gibt schlicht keinen exakten normativen Standard, an dem sich Verschulden oder Strafzumessung messen liessen, folglich kann man auch nicht von einer Abweichung oder einem Fehler sprechen.⁵⁸⁶ Die Resultate sind aber hochinteressant, weil sie den Einfluss des sozialen Empfindens auf das Strafmass zeigen und gewisse gesetzliche Unterscheidungen (wie diejenige zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe) erklären können.
- 350 Die Richterinnen und Richter haben den erfolgreichen Täter im Schnitt zu 77 Monaten, also rund sechseinhalb Jahren, Freiheitsstrafe verurteilt, während der vollendete Versuch im Schnitt mit 13,6 Monaten oder etwas mehr als einem Jahr bestraft wurde. Das Strafmass wurde viel stärker vom Ausgang als von der Unterscheidung Handlung/Unterlassung bestimmt, was sich durch zwei Thesen erklären lässt: entweder unterliegen die Richterinnen und Richter einem Ausgangseffekt,⁵⁸⁷ d.h. sie beurteilen eine Tat in erster Linie nach ihren Folgen, oder sie beurteilen die Strafwürdigkeit einer Tat in erster Linie nach dem Ausmass der von ihr bewirkten Störung des Rechtsfriedens.
- 351 Nach dem reinen Willensstrafrecht bemisst sich die Strafe ausschliesslich nach dem „bösen“ Willen und der Gefährlichkeit des Täters, es spielt somit keine Rolle, ob sich der beabsichtigte Erfolg verwirklicht hat oder nicht. Vollendete Tat und vollendeter Versuch werden nach dieser Konzeption, die derjenigen des französischen Code pénal von 1810 entspricht, gleich bestraft.⁵⁸⁸
- 352 Stellt man stärker auf die Bewahrung des Rechtsfriedens ab, so ist der Versuch aus objektiven Gründen strafbar, weil auch ein Versuch den Rechtsfrieden stört; er wirkt gefährlich und erregt Furcht.⁵⁸⁹ Aber er stört den Rechtsfrieden natürlich viel weniger als die erfolgreiche Straftat, in den Worten von TRECHSEL/NOLL:⁵⁹⁰
- Aber es macht denn doch einen sehr erheblichen Unterschied, ob auf mich geschossen wurde oder ob ich erschossen worden bin. Die Empörung über den Versuch wird gemildert durch die Erleichterung, dass es dabei sein Bewenden hatte.
- 353 Unter diesem Gesichtspunkt ist klar, dass der Versuch weniger hart bestraft wird als die vollendete Tat. TRECHSEL/NOLL müssen zugeben, dass sich aus subjektiver Sicht die geringere Bestrafung des Versuchs kaum rechtfertigen lässt; unter Hinweis auf FREUD machen sie geltend, dass unbewusste rechtstreue Strebungen des Täters dazu beigetragen haben mögen, dass der Erfolg ausgeblieben ist.⁵⁹¹
- 354 Die Unterscheidung zwischen Handlung und Unterlassung hat sich wie erwähnt auf das *Verschulden* nicht signifikant ausgewirkt. Der Grund dürfte darin zu suchen sein, dass die

⁵⁸⁶ Zu den Schwierigkeiten, die Strafzumessung zu objektivieren siehe z.B. TRECHSEL, FN 577, vor Art. 63.

⁵⁸⁷ Mehr dazu hinten, S. 210 f.

⁵⁸⁸ BERNARD BOULOC, Droit pénal général, 15. Aufl., Paris 1994, 207.

⁵⁸⁹ TRECHSEL/NOLL, FN 578, 177.

⁵⁹⁰ TRECHSEL/NOLL, FN 578, 177.

⁵⁹¹ TRECHSEL/NOLL, FN 578, 177.

verwendete Antwort-Skala zu wenig sensitiv war. Mit einer feineren Unterteilung – z.B. einer Skala von 1-100, wie sie RITOV/BARON verwendeten – hätte sich möglicherweise ein signifikanter Unterschied erkennen lassen. Darauf deutet hin, dass der Unterschied bei der (offenen) Frage nach dem Strafmass signifikant war. Auf der siebenstufigen Verschuldens-Skala gruppieren sich die Werte fast alle im oberen Drittel. 119 (52 %) aller Richterinnen und Richter bewerteten das Verschulden mit sechs oder mehr Punkten, aber nur 16 (7 %) mit zwei oder weniger Punkten. Die Skalenbegrenzung hat daher wahrscheinlich zur Reduktion der Varianz und damit zur fehlenden Signifikanz geführt („*ceiling effect*“).

- 355 Der Einfluss der Variable Handlung/Unterlassung auf das Strafmass ist bei erfolgreicher Tat sowohl erheblich als auch statistisch signifikant. Im „Handlungs“ Szenario wurde der Täter im Schnitt zu 91,35 Monaten, oder rund siebeneinhalb Jahren, Gefängnis verurteilt, im „Unterlassungs“ Szenario zu 61,27 Monaten (rund fünf Jahren). Die Strafe für die aktive Begehung fiel somit, von unten betrachtet, rund 50 % höher aus als die Strafe für die Begehung durch vorsätzliche Unterlassung des gleichen Delikts mit den gleichen Folgen. Die Resultate der Experimente von SPRANCA et al. konnten repliziert werden (der Leser wird unschwer erkannt haben, dass der hier verwendete Sachverhalt eine Abwandlung des „Ivan Lendl“ Szenarios von SPRANCA et al. ist).⁵⁹²
- 356 Hingegen ist der Unterschied in der Bestrafung beim vollendeten Versuch, begangen durch Handlung, zum vollendeten Versuch begangen durch Unterlassung gering und statistisch nicht signifikant. Die versuchte Begehung durch Unterlassung wurde im Schnitt mit 13,23 Monaten, die versuchte Begehung durch Handlung mit 14,17 Monaten bestraft. Dieses Resultat deckt sich mit der psychologischen Forschung, die feststellt, dass der Unterlassungseffekt bei negativem Ausgang stärker ist.⁵⁹³

1. Unterlassungseffekt und Sterbehilfe

- 357 Die unterschiedliche Bestrafung von Handlung und vorsätzlicher Unterlassung, die zum gleichen Resultat führen, entspricht offenbar einem menschlichen Bedürfnis. In der Schweiz spiegelt es sich beispielsweise darin, dass aktive Sterbehilfe, auch wenn sie dem ausdrücklichen Wunsch des Sterbenden entspricht, strafbar ist (Tötung auf Verlangen, Art. 114 StGB), während die passive Sterbehilfe, d.h. der vorsätzliche Verzicht auf die Anwendung lebenserhaltender oder –verlängernder Massnahmen, und die so genannte indirekte Sterbehilfe, d.h. das Verabreichen schmerzlindernder Medikamente, deren Nebenwirkungen schliesslich zum Tod führen, straflos bleibt.⁵⁹⁴
- 358 Darüber, ob die Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe angemessen ist, wird bekanntlich eine intensive Debatte geführt. Einen Überblick über die verschiedenen politischen Vorstösse und die Rechtslage in anderen Ländern bietet der Bericht der Ar-

⁵⁹² SPRANCA/MINSK/BARON, FN 545.

⁵⁹³ JONATHAN BARON/ILANA RITOV, Reference points and omission bias, *Organizational Behavior and Human Decision Making Processes* 1994, 475-498, 487.

⁵⁹⁴ DONATSCH, FN 573, 121 ff.

Besonderer Teil

beitsgruppe Sterbehilfe an das EJPD vom März 1999.⁵⁹⁵ Die Mehrheit der Arbeitsgruppe kommt zum Schluss, dass unter sehr restriktiven Bedingungen (Tod steht kurz bevor, der Sterbende wird von unerträglichen Schmerzen befreit) direkte aktive Sterbehilfe straflos (aber weiterhin rechtswidrig) sein soll.

- 359 Gegen die Strafflosigkeit der direkten aktiven Sterbehilfe haben sich vor allem christliche Kreise gewandt.⁵⁹⁶ Der Bundesrat empfahl im Bericht zum Postulat Ruffy, die passive und indirekte aktive Sterbehilfe zu regeln, aber die direkte aktive Sterbehilfe, entgegen dem Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe, auch in extremen Fällen nicht zu erlauben. Dies „käme einer Lockerung des Fremdtötungsverbot es gleich und würde somit ein Tabu brechen, das in unserer christlichen Kultur tief verankert ist“.⁵⁹⁷ Die vorgeschlagene Regelung der passiven und indirekten Sterbehilfe ist bislang nicht erfolgt, nachdem die mit der Ausarbeitung der Grundlagen für die Regelung betraute Kommission im Februar 2004 mangels finanzieller Mittel ihres Auftrags entbunden wurde.⁵⁹⁸
- 360 Die Unterscheidung zwischen Handlung und Unterlassung lässt sich logisch-rational kaum begründen, wie selbst ein katholischer Theologe eingestehen muss.⁵⁹⁹ Für die Beibehaltung der herkömmlichen Unterscheidung spricht aber – neben moraltheologischen Argumenten und der Angst vor der „*slippery slope*“, die ich in Anbetracht des steigenden Kostendrucks in der Geriatriepflege nicht für unberechtigt halte⁶⁰⁰ – die offenbar tief verwurzelte Vorliebe des Menschen für Unterlassungen gegenüber Handlungen, die negative Konsequenzen haben und die ebenfalls experimentell nachweisbare Bevorzugung von indirektem gegenüber direktem Schaden.⁶⁰¹ Ob diese Unterscheidung in unserer christlichen Tradition begründet ist, muss einstweilen offen bleiben – alle hier referierten Experimente wurden in Ländern semitisch-christlicher Prägung durchgeführt, während eine indische Studie offenbar keinen Unterschied zwischen Handlung und Unterlassung finden konnte.⁶⁰²
- 361 Die empfundenen Unterschiede müssen ernst genommen werden. Strafgesetze sollen (auch) das unter Strafe stellen, was als strafwürdig empfunden wird. Den Leuten, die für die Beibehaltung der Unterscheidung eintreten vorzuwerfen, sie versuchten heldenhaft, einen prinzipiellen Unterschied zu finden, wo keiner besteht, ist zu einfach.⁶⁰³ Man kann auch für die Beibehaltung der Unterscheidung eintreten, ohne dass man einen prinzipiellen

⁵⁹⁵ Arbeitsgruppe Sterbehilfe, Bericht an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, März 1999 (erhältlich unter www.ofj.admin.ch/themen/stgb-sterbehilfe/b-bericht-d.pdf, besucht am 3. Februar 2005).

⁵⁹⁶ Siehe Bericht des Bundesrates zum Postulat Ruffy, Sterbehilfe, Ergänzung des Strafgesetzbuchs, vom Juli 2000, 9 ff. (erhältlich unter www.ofj.admin.ch/themen/stgb-sterbehilfe/ber-ruffy-d.pdf, besucht am 3. Februar 2005).

⁵⁹⁷ Bericht des Bundesrates zum Postulat Ruffy, FN 596, 15.

⁵⁹⁸ www.ofj.admin.ch/themen/stgb-sterbehilfe/intro-d.htm (besucht am 3. Februar 2005).

⁵⁹⁹ ZIMMERMANN-ACKLIN, FN 548, 276.

⁶⁰⁰ BIRNBACHER, FN 548, 358, misst dem „Dammbruchargument“ ebenfalls die grösste Bedeutung zu, weist aber zu Recht darauf hin, dass auch bei der passiven Sterbehilfe, die allgemein als zulässig erachtet wird, die Gefahr besteht, dass dem Patienten insinuiert wird, es sei langsam Zeit zu gehen.

⁶⁰¹ EDWARD ROYZMAN/JONATHAN BARON, The Preference for Indirect Harm, Social Justice Research 2002, 165-184.

⁶⁰² HAIDT/BARON, FN 558, 217. Es wäre äusserst spannend, die Experimente von RITOV/BARON in Ländern nicht christlicher Tradition zu wiederholen.

⁶⁰³ So aber SUNSTEIN, FN 547, 1585.

Unterschied *findet*, sondern weil man einen Unterschied *empfindet*, und möchte, dass das geltende Strafrecht diesen Unterschied respektiert und reflektiert.