

**Dolus eventualis - positive und negative Indikatoren; Analyse der
Rechtsprechung des Bundesgerichtes von 1943 - 2007¹**

von

*Prof. Dr. Martin Schubarth, Ancien président du Tribunal fédéral, Avocat-
conseil, Lausanne/Basel*

I. Problemstellung

1. Ob der Angeklagte nur fahrlässig oder aber eventualvorsätzlich gehandelt hat, ist im Ergebnis von zentraler Bedeutung. Denn entweder ist Fahrlässigkeit wie bei vielen Delikten, vor allem bei Vermögensdelikten, nicht strafbar oder sie wird sehr viel milder bestraft wie insbesondere bei den Tötungsdelikten. Versuch ist im übrigen nur beim vorsätzlichen Delikt strafbar. Die Grenzziehung zwischen Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz ist aber im praktischen Einzelfall oft mit grossen Schwierigkeiten verbunden.

2. Für die Abgrenzung von Eventualdolus und Fahrlässigkeit haben Theorie und Praxis verschiedene Formeln entwickelt, von denen neuerdings eine ins Gesetz übernommen wurde.² Diese geben zwar einen generellen Fingerzeig, worauf es ankommt, helfen aber im Einzelfall nicht weiter. Entscheidend ist deshalb in der Regel nicht, welche Formel man zugrunde legt. Es kommt vielmehr darauf an, welche Indikatoren im konkreten Einzelfall für oder gegen Vorsatz sprechen (positive oder negative Vorsatzindikatoren) und wie diese Indikatoren zu gewichten sind.

3. Diese Problematik wird besonders deutlich im Verfahren vor Bundesgericht. Dieses ist Rechtskontrollinstanz, nicht Tatsacheninstanz.³ Deshalb könnte man annehmen, dass die „Feststellung“ der Vorinstanz, der Angeklagte habe mit Eventualvorsatz gehandelt, für das Bundesgericht verbindlich ist, wenn sie ihrer Entscheidung nur die richtige Formel zugrunde gelegt hat.

4. Dem ist aber nicht so. Vielmehr prüft das Bundesgericht, ob die Vorinstanz im Lichte der tatsächlichen Feststellungen, die sie getroffen hat,

¹ Dieser Aufsatz ist eine Weiterführung einerseits der vor 16 Jahren erstmals vorgenommenen Analyse (vgl. FN 4) und andererseits zweier Gutachten, die der Verfasser zur Frage des dolus eventualis bei tödlichen Verkehrsunfällen („Raser“) resp. in einem Wirtschaftsverfahren betreffend Veruntreuung, Betrug und Urkundenfälschung erstattet hat.

² StGB 12 II Satz 2: „Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt.“

³ So zuletzt BGE 133 IV 293.

den Eventualvorsatz zu recht bejaht oder verneint hat.⁴ Reichen diese Feststellungen zur Überprüfung der Rechtsfrage nicht aus, hebt das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz auf.⁵

5. Worauf gründet sich diese Rechtsprechung ? Sprachliche Ausdrücke sind, vor allem wenn sie seelische Sachverhalte umschreiben wollen, meistens mehrdeutig. Bei jeder Formel besteht die Gefahr der schematischen, auf Vermutungen beruhenden Verwendung. Besonders heikel sind die Grenzfälle zwischen Eventualdolus und bewusster Fahrlässigkeit. Die Abgrenzung zwischen Eventualdolus und bewusster Fahrlässigkeit ist deshalb auf einer rein definatorischen Ebene nicht möglich.⁶

6. Das Gesagte hat Konsequenzen auch für den Tatrichter. Er muss sich in seinem Urteil mit allen relevanten Vorsatzindikatoren auseinandersetzen, den positiven und den negativen, und er muss sie bewerten. Seine Entscheidung pro oder contra Eventualdolus muss dadurch nachvollziehbar sein.

II. Rechtsprechung des Bundesgerichtes

A. Erste Phase: 1943 - 1985

7. Bereits 1943 in seinem ersten Urteil zum Problem des Eventualdolus in Anwendung von Art. 18 des damals neuen Strafgesetzbuches hat das Bundesgericht die hier erörterte Problematik gesehen. Es heisst dort, ob der Täter so gewollt habe, d. h. mit dem als möglich vorausgesehenen Erfolg einverstanden war, sei eine Frage des Beweises, der nicht leichthin als erbracht angesehen werden dürfe, wenn das Wissen um die Möglichkeit des Erfolges das **einzige** Indiz für das Wollen sei.⁷ In der gleichen Entscheidung wird auch auf die *Bedeutung von Gegenindizien* hingewiesen, die den Schluss auf den Vorsatz entkräften könnten.

8. Dies wird im nächsten Urteil aus dem Jahre 1948 anhand der entsprechenden Problematik der Eventualabsicht betreffend *Bevorzugung eines Gläubigers* (StGB 167) verdeutlicht.⁸ „Wie beim Eventualvorsatz darf das Wollen, wenn das Wissen um die Möglichkeit des Erfolges das einzige Indiz dafür ist, *nur dann bejaht* werden, wenn sich dem Schuldner der *Eintritt des Erfolges als so wahrscheinlich* aufdrängt, dass sein Handeln

⁴ BGE 133 IV 1 E. 4.1 und 9 E. 4.1 jeweils mit Hinweisen; zum Folgenden Martin Schubarth, Nichtigkeitsbeschwerde - staatsrechtliche Beschwerde - Einheitsbeschwerde ? AJP 1992, 849 ff., 851.

⁵ BStP 277, durch das BGG aufgehoben und durch BGE 133 IV 293 wieder in Kraft gesetzt; vgl. Martin Schubarth, Urteilsanmerkung, AJP 2008, 251 ff.

⁶ Vgl. Winfried Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln 1989, 289 ff., 306, 309.

⁷ BGE 69 IV 75 E. 5, 80; Hervorhebung im Original.

⁸ BGE 74 IV 40 E. 2, 47.

vernünftigerweise nicht anders als Billigung des Erfolges ausgelegt werden kann.“⁹

Dies wird vom Bundesgericht mit folgenden Überlegungen verdeutlicht:

- Ein Schuldner, der weiss, dass er *sehr wahrscheinlich* nicht alle Gläubiger wird befriedigen können, leistet an nur einen Gläubiger. Dies bedeutet - *Gegenindizien vorbehalten* - Billigung und damit Wollen des als möglich vorausgesehenen Erfolges.

- Gegenbeispiel: Der Schuldner rechnet, *wenn auch frivol*, damit, seine finanzielle Lage wieder verbessern zu können, so dass seine Handlung keine Gläubiger benachteiligen werde. Straflosigkeit, auch wenn sich seine Erwartung als trügerisch erweist, da in dieser Situation die Eventualabsicht nicht gegeben ist.

9. In einer späteren Entscheidung ging es um die Frage, ob ein Wirt mit Eventualvorsatz geduldet hatte, dass in seiner Abwesenheit verbotene Glücksspiele durchgeführt wurden.¹⁰ Der Fall ist bedeutsam, weil hier erstmals *die Frage des Eventualvorsatzes bei einem Unterlassungsdelikt* auftaucht.

Die Vorinstanz hatte Eventualvorsatz implizite mit folgender Begründung bejaht: Der verbotene Spielbetrieb in seinem Hause sei allgemein bekannt gewesen. Deshalb hätte er sein Personal anweisen müssen, allfälligen Spielern die Karten wegzunehmen und ihm die fehlbaren Spieler anzuzeigen.

Der Wirt brachte gegen seine Verurteilung ein Argument (Gegenindiz) vor, aus welchem der gegenteilige Schluss auf seine innere Einstellung zu ziehen sei, nämlich dass er das verbotene Spielen in seiner Anwesenheit nicht geduldet habe. Das Bundesgericht wies dies als unzulässige Anfechtung einer tatsächlichen Feststellung zurück. Aber das Bundesgericht nimmt in einer Eventualbegründung eine selbständige Bewertung des vom Wirt vorgebrachten Gegenindizes vor. Das Indiz, auf das sich der Wirt berufe (sein Widerspruch gegen das verbotenen Spielen in seiner Anwesenheit), vertrage sich sehr wohl mit der Annahme, er habe gegen das verbotenen Spielen in seiner Abwesenheit nichts einzuwenden gehabt. Denn hätte er auch dies missbilligt, hätte er etwas dagegen unternommen. „Denn nachdem trotz seines Widerspruchs in seiner Anwesenheit immer wieder verbotenerweise gespielt wurde, drängte sich ihm der Schluss, das gleiche werde umsomehr auch in seiner Abwesenheit getan, derart gebieterisch auf, dass seine Untätigkeit ohne Verletzung von Bundesrecht dahin ausgelegt

⁹ Hervorhebung nicht im Original.

¹⁰ BGE 81 IV 197 E. 3, 203.

werden kann, er habe gebilligt, dass das Glückspielunternehmen in seiner Abwesenheit betrieben werde.“

Im übrigen wusste, wie aus dem Sachverhalt des Urteils ersichtlich, der ganze Ort um den verbotenen Betrieb und der Wirt war wegen Duldens verbotener Glücksspiele bereits schriftlich verwarnt.

10. In einer Entscheidung zur *ungetreuen Geschäftsführung* (jetzt Geschäftsbesorgung)¹¹ wird betont, dass strenge Anforderungen an den Beweis des Eventualvorsatzes zu stellen sind. Gestützt auf die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz überprüft das Bundesgericht, ob der Vorsatz gegeben ist.¹² Dieser wird auf Grund folgender Indizien bejaht: Der Leiter eines Kioskes hatte seine Pflichten wiederholt massiv verletzt. Er war mehrfach von einer Freundin, selbst Leiterin eines Kioskes, auf seine Fehler hingewiesen worden. Auch auf die schädlichen Folgen seines Verhaltens hatte man ihn mehrfach hingewiesen. Daraus schliesst das Bundesgericht auf eine offensichtliche Billigung des eingetretenen Schadens.

11. Wenn die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht ausreichen zur Überprüfung, ob Eventualvorsatz gegeben ist, hebt das Bundesgericht das Urteil auf.¹³ Hier ging es um einen *Betrug*.

Der Angeklagte hatte den Inhabern einer Regie versprochen, ihnen die Verwaltung von Miethäusern zuzuhalten, die allerdings noch nicht gebaut waren und deren Konstruktion noch vom ungewissen Verkauf eines Grundstückes abhingen. Im Hinblick auf diese Perspektive wurde er von der Regie angestellt, obwohl im Moment kein Personalbedarf bestand. Er erhielt allerdings kein fixes Salär, sondern nur gewisse Vorschüsse, die ihm zu seinem Lebensunterhalt bis zur Realisierung des Immobiliengeschäftes dienen sollten. Obwohl er keine Garantie hatte, dass er die Verwaltung der in Frage stehenden Liegenschaft erhalten werde, versicherte er, dies soviel wie sicher. Da bereits der Verkauf der Liegenschaft nicht zustande kam, erledigte sich auch die Frage der späteren Verwaltung.

Für den Zeitraum, bis es klar war, dass der Verkauf der Liegenschaft nicht zustande komme, hatte der Angeklagte möglicherweise gute Gründe für die Annahme, der Verkauf komme zustande. Mangels hinreichender tatsächlicher Feststellungen über die relevanten Vorsatzindizien wurde der Fall an die Vorinstanz zurückgewiesen.

12. Eventualvorsatz einer *Tötung* kann auch dann gegeben sein, wenn der Tötungserfolg dem Täter an sich unerwünscht ist.¹⁴ Die Angeklagten hatten

¹¹ StGB 159 a. F., 158 n. F.

¹² BGE 86 IV 12 E. 6, 17.

¹³ BGE 92 IV 65 E. 4b, 69.

¹⁴ BGE 103 IV 65.

das Opfer zunächst erheblich verletzt (unter anderem Nasenbeinbruch) und dann in die kalte Aare mit ziemlich starker Strömung geworfen. Motiv der Tat: Verteidigung der Rockerehre. Das genügte dem Bundesgericht zutreffend für die Bejahung des Tötungsvorsatzes. „Eventualvorsatz ist auch dann gegeben, wenn dem Täter der als möglich vorausgesehene Erfolg an sich unerwünscht ist, er aber des primär angestrebten Erfolges wegen dennoch handelt.“¹⁵

13. In einem weiteren Entscheid erachtet das Bundesgericht die von der Vorinstanz festgestellten Indizien für eventualvorsätzliches *Fahren in angetrunkenem Zustand* (FiaZ) für ausreichend.¹⁶ Es sind dies stichwortartig folgende: Fahrt zu einem Anlass, wo, wie der Angeklagte wusste, Alkohol getrunken wurde; zwei Vorstrafen wegen FiaZ; Wissen um seinen Mangel an hinreichender Selbstkritik in alkoholisiertem Zustand; BAK von 1,45 o/oo. Das vom Angeklagten vorgebrachte Gegenindiz, er habe sich vor dem Antritt der Heimfahrt Gedanken über seine Fahrfähigkeit gemacht, ist unerheblich, da er dies angeblich auch in den früheren Fällen gemacht hat, wobei er, wie er wusste, jeweils zu einem falschen Ergebnis gekommen war.

14. a. Wie steht mit dem Eventualvorsatz des *Gehilfen*, hier des Verkäufers von *nicht konzessionsfähigen Funkgeräten*¹⁷ ? Es ging um Geräte, für die in der Schweiz keine Konzession erteilt wird und die deshalb in der Schweiz nur widerrechtlich verwendet werden können. Das Bundesgericht bejahte zunächst die objektiven Voraussetzungen der Gehilfenschaft, da mit dem Verkauf der illegale Betrieb der Geräte durch die Käufer in der Schweiz überhaupt erst ermöglicht wurde.¹⁸

Die Vorinstanz hatte den Vorsatz unter Hinweis auf folgendes Vorsatzindiz bejaht: Die vom Angeklagten verkauften Geräte konnten in der Schweiz nur widerrechtlich benützt werden. Das genügte dem Bundesgericht im Hinblick auf die legalen Verwendungsmöglichkeiten wie Verwendung im Ausland oder Verwendung als Ersatzteilsender nicht. Das generelle Wissen um die Möglichkeit des illegalen Betriebs reicht für sich alleine nicht aus. Das Bundesgericht nennt weitere Indizien, die auf Eventualdolus hinweisen könnten. Entscheidend sei, ob aus dem Verhalten des konkreten Käufers auf Vorsatz geschlossen werden könne.

b. Um eine ähnliche Konstellation ging es im folgenden Fall¹⁹: Verkauf von *Scanner-Empfangsgeräten*, die in der Schweiz nicht verboten sind, aber einen Frequenzbereich beschlagen, der zum grössten Teil nicht legal benutzt werden kann. Das Urteil, dessen Begründung etwas chaotisch ist, nimmt an,

¹⁵ BGE 103 IV 65, Regeste.

¹⁶ BGE 104 IV 35 E. 1.

¹⁷ BGE 109 IV 147 E. 4, 150.

¹⁸ E. 3.

¹⁹ BGE 111 IV 32.

dass aus der Vermittlung der Kenntnis auch der legal nicht verwendbaren Kanäle auf Gehilfenschaftsvorsatz zu schliessen ist.

15. Diese erste Phase der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu den Vorsatzindikatoren beim Eventualdolus - sie erstreckt sich über einen Zeitraum von rund 40 Jahren oder rund vier Bundesrichtergenerationen - zeichnet sich durch eine bemerkenswerte Kontinuität aus. Mag sein, dass die Formeln zur Umschreibung des Eventualdolus nicht einheitlich waren - wir habe dies hier nicht behandelt, weil wie einleitend bemerkt, das zentrale Problem des Eventualdolus nicht in der Bestimmung der „richtigen“ Formel liegt, die es gar nicht geben kann - , stets geht es, wie schon in der ersten Grundsatzentscheidung zum Eventualdolus um die in Frage kommenden positiven und negativen Vorsatzindikatoren und ihre Bewertung.

B. Zweite Phase: Die Entwicklung seit 1993

16. In meinem einleitend erwähnten Beitrag zur Frage der Rechtsmittelwahl²⁰ wurde diese Rechtsprechung erstmals unter dem Gesichtspunkt der Vorsatzindikatoren aufgearbeitet. Anstoss dazu war nicht nur die prozessuale Fragestellung, das Problem der Rechtsmittelwahl vor Bundesgericht, also die Unterscheidung zwischen Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung von Bundesrecht²¹ oder staatsrechtlicher Beschwerde, eine Unterscheidung, die der Sache nach heute genau gleich innerhalb der sogenannten Einheitsbeschwerde in Strafsachen zu beachten ist. Der einleitend erwähnte Aufsatz von Hassemer, der das Prinzip der Vorsatzindikatoren theoretisch verarbeitet, trug ebenfalls dazu bei, einmal diesem Prinzip im Lichte der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nachzugehen. Dies erklärt die hier gewählte Zäsur zwischen der ersten und der zweiten Phase.

17. Sie ist überdies gekennzeichnet dadurch, dass, wie bereits bei den beiden letzten Fällen der ersten Phase, teilweise neue Phänomene mit neuen Fragestellungen betreffend die relevanten Vorsatzindizien auftreten, auch als Folge neuer Strafbestimmungen wie etwa der Geldwäscherei. Zwei dieser neuen Phänomene werden in einem separaten Abschnitt: „Aids und Raser“ behandelt.

18. Zunächst ging es noch um „klassische“ Vorsatzfragen. Ein Vater hatte seinen Sohn geschlagen und ihm objektiv einfache Körperverletzungen zugefügt.²² Die Vorinstanz hatte auch entsprechenden Eventualdolus angenommen. Das Bundesgericht vermisst im angefochtenen Urteil die

²⁰ Fn 4.

²¹ Im damaligen Sinn des Bundesrechts, also unter Ausschluss des Verfassungsrechts.

²² BGE 119 IV 1. Leider wird hier der für eine Analyse eines Urteil und der Erfassung seiner Tragweite wesentliche Grundsatz verletzt, dass eine publizierte Entscheidung den Sachverhalt, der dem Urteil zugrunde liegt, möglichst umfassend wiedergeben sollte.

Vorsatzindikatoren, die mehr als den Vorsatz einer Tötlichkeit begründen würden. Umgekehrt verweist es auf Gegenindizien. Der Vater war gereizt und wollte „corriger son fils“. Es gebe keine Indizien dafür, dass er generell brutal mit seinem Sohn umgegangen wäre. Im Gegenteil werde er als guter Vater beschrieben.

19. Was braucht es für die Bejahung von Eventualdolus in Bezug auf die *verbrecherische Herkunft gewaschenen Geldes*²³? Bekanntlich ist nur das Waschen von Vermögenswerten, die aus einem Verbrechen herrühren, von StGB 305bis erfasst. Der Täter muss also auch Vorsatz darüber haben, dass das Geld aus einer als Verbrechen qualifizierten Vortat stammt. Glaubt er, es handle sich um Schwarzgeld oder - so nach früherem Recht - es stamme aus einer Veruntreuung²⁴ macht er sich nicht wegen Geldwäscherei strafbar, auch wenn objektiv die Vermögenswerte aus einem Verbrechen stammen. Der Angeklagte muss deshalb die Umstände kennen, die den Verdacht nahelegen, dass das Geld aus einer verbrecherischen Vortat stammt. Er muss also mit einem Sachverhalt rechnen, der als Verbrechen qualifiziert ist.

Der Angeklagte wusste, dass sich beim vom Vortäter übergebenen Geld weder erarbeitetes Vermögen noch Ersparnisse handelte. Er konnte auch nicht von einer Erbschaft ausgehen, da er die Steuererklärung und die Höhe der väterlichen Erbschaft des Vortäters kannte. Es waren keine Indizien für einen legalen Erwerb ersichtlich. Weitere Indizien waren die Umstände der Geschäftsabwicklung (Hast, Ungewöhnlichkeit, trotz bescheidenen Verhältnissen innert wenigen Stunden Beibringung der Geldsumme in Höhe von 205'000.- in bar und kleiner Stückelung).

Kein ausreichender Vorsatzindikator war (im Jahre 1991) der Deliktsbetrag als solcher in Höhe von Fr. 205'000.-, da solche Beträge auch aus Vergehen wie nach damaligem Recht die Veruntreuung oder Insidermissbrauch stammen können. Diese Möglichkeit wird jedoch auf Grund der Umstände, in denen der Vortäter lebte und die der Angeklagte kannte, ausgeschlossen.

20. Weniger ergiebig ist der folgende, im wesentlichen die Tatbestandsmerkmale dieses Tatbestandes in Erinnerung rufende Entscheid betreffend Gehilfenschaft zu ungetreuer Geschäftsführung (Geschäftsbesorgung) durch spekulative verlustbringende Vermögensverwaltung.²⁵ Der Vorsatz des Haupttäters betreffend den Vermögensschaden wird damit begründet, dass er seine Stellung als Vermögensverwalter kannte; dass, wie er wusste, die Klienten spekulative Operationen nur in beschränktem Umfang akzeptiert hatten; dass er sich

²³ BGE 119 IV 242 E. 2.

²⁴ Einfache Veruntreuung (aStGB 140 Ziff. 1) war bis zur Reform des Vermögensstrafrechtes (in Kraft seit 1. 1. 1995) ein Vergehen.

²⁵ BGE 120 IV 190.

absichtlich über ihre Instruktionen hinweggesetzt und sich in gewagte („hasardeuses“) Operationen eingelassen hatte. Alle diese Umstände zeigten, dass er sich mit der Möglichkeit eines Verlusteintrittes abgefunden habe.

21. Wie verhält es sich in *sportlichen Wettkämpfen* mit dem Vorsatz betreffend die *Verletzungsfolge*, wenn eine auch dem Schutz des Gegenspielers dienende Spielregel absichtlich oder in grober Weise verletzt wird²⁶ ? Diese Frage wird in einer Zeit, in der sich der bezahlte Spitzensport zu einem bedeutenden Wirtschaftszweig entwickelt hat, in dem teilweise skrupellos gearbeitet wird²⁷, immer wichtiger. Das Bundesgericht befasste sich damit in zwei publizierten Entscheiden.

a. Im ersten Fall (Antisin) ging es um ein Foul mit erheblicher Verletzungsfolge, begangen bei einem Eishockeyspiel der Nationalliga A. Als ein Indikator für die Frage des Eventualdolus kommt die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung und die dem Täter bekannte hohe Wahrscheinlichkeit des Verletzungserfolges in Betracht. Der Angeklagte hatte mit vorgeschobenem Knie und hoher Geschwindigkeit die unteren Glieder seines Gegenspielers attackiert (Kniestich). Verwiesen wird auf seine Kenntnisse und Fähigkeiten als Berufsspieler.

b. Um Fragen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit betreffend die *Verletzungsfolge* bei *sportlichen Wettkämpfen*, hier wiederum in einem Eishockeyspiel, ging es im Fall Kevin Miller.²⁸ Das Problem des Falles liegt offenbar darin, dass ein jedenfalls primär angestrebter regelkonformer Bodycheck sich in einen regelwidrigen verwandeln kann, wenn der Gegenspieler, der gecheckt werden soll, vor dem Check eine Drehung vornimmt und der zum Check ansetzende Spieler auf diese veränderte Situation nicht mehr rechtzeitig reagieren kann.

Das Bundesgericht bejahte Vorsatz betreffend einfache Körperverletzung (StGB 123) und Fahrlässigkeit betreffend schwere Körperverletzung (StGB 125 II). Der Täter hatte objektiv gegen das Verbot, Gegenspieler von hinten zu checken, verstossen, das verhindern soll, dass der gecheckte Spieler vornüber fällt und mit dem Kopf auf dem Eis aufprallt. Er hatte beim Ansetzen zum Bodycheck nicht genau wissen können, welche Position der sich in Bewegung befindliche und schliesslich eine Drehung vornehmende Geschädigte beim Zusammenprall einnehmen werde. Entscheidend war, dass der Täter mit hohem Tempo auf den Geschädigten zufuhr und sich dabei in eine unkontrollierbare Situation manövrierte, in der es nur noch vom Zufall abhing, ob der Check regelkonform durchgeführt werden konnte. Als professioneller Hockeyspieler wusste er um die mit einem Bodycheck in den Rücken verbundenen Verletzungsrisiken. Aus der

²⁶ BGE 121 IV 249.

²⁷ Vgl. dazu Marin Schubarth, Dopingbetrug, recht 2006, 222 ff.

²⁸ BGE 134 IV 26.

Waghalsigkeit der Aktion wird auf Eventualvorsatz betreffend einfache Körperverletzung geschlossen. Die weitergehende schwere Körperverletzung war für einen Profi voraussehbar und vermeidbar.

22. Auf welchen *Deliktsbetrag* (mehr oder weniger als Fr. 300.-²⁹ ?) ist der *Vorsatz* eines *Taschendiebes* gerichtet³⁰ ? Davon hängt die Privilegierung von StGB 172ter ab. Die Bereitschaft des Angeklagten, das zu nehmen, was ihm in die Hände fällt, und die Hoffnung auf möglichst grosse Beute sind Indikatoren dafür, dass sich der Vorsatz auf mehr als Fr. 300.- richtet. Aus den konkreten Umständen eines Taschendiebstahles kann sich aber ergeben, dass sich der Vorsatz auf einen geringen Vermögenswert richtet, etwa wenn der Täter beobachtet hat, wie ein Dritter dem Opfer eine Hunderternote übergab.

23. Instruktiv ist das *Von-Roll-Urteil* des Bundesstrafgerichtes.³¹ Es ging im Wesentlichen um die Herstellung und Lieferung von Bestandteilen für eine Superkanone mit einem Kaliber von 1 Meter und einer Länge von über 100 Metern an den Irak, wobei in den Verträgen simuliert wurde, es handle sich um Objekte für die petrochemische Industrie. Das Bundesstrafgericht, das zunächst die in Frage stehenden Objekte als Bestandteile von Kriegsmaterial qualifiziert hatte³², unterteilte das Geschehen in drei Phasen. Für die *erste* Phase bis zum Abschluss des ersten Vertrages (13. November 1988) lassen die Indizien nicht einmal den Vorwurf der Fahrlässigkeit zu.³³ Für die *zweite* Phase (vom Abschluss des ersten Vertrages bis zur Anhaltung zweier Lieferungen in Frankfurt) verurteilte es den Angeklagten G trotz massiver Vorsatzindizien nur wegen fahrlässiger Verletzung des KMG.³⁴ Für die *dritte* (letzte) Phase bejahte es den Vorsatz des Angeklagten M wegen Verletzung des KMG durch aktives Tun³⁵ und Fahrlässigkeit des Angeklagten F wegen Verletzung des KMG durch Unterlassen.³⁶ Im einzelnen geht es um folgende Indizien:

a. Erste Phase: Die irakische Seite hatte beschlossen, die Zulieferer über den wahren Verwendungszweck des Materials zu täuschen und ihnen gegenüber zu behaupten, es gehe um petrochemische Projekte. Zwar war der Vertragspartner ein irakisches Ministerium und befand sich der Irak bis kurz vor Abschluss des ersten Vertrages noch im Krieg mit dem Iran, was

²⁹ Vgl. BGE 121 IV 261 E. 2d.

³⁰ BGE 123 IV 155.

³¹ BGE 122 IV 103. Zu beachten, dass das Bundesgericht hier als erst- (und zugleich letzt)instanzliches Gericht entschieden hat und nicht auf Grund einer Nichtigkeitsbeschwerde (, deren Funktion inzwischen die Beschwerde in Strafsachen <BGG 78 ff.> übernommen hat).

³² E. III.

³³ E. IV/1.

³⁴ E. IV/2.

³⁵ E. IV/3.

³⁶ E. VI.

gewisse Bedenken wecken und insbesondere begründete Zweifel über die Endbestimmung der bestellten Teile hätte hervorrufen sollen. Auffällig war auch, dass die Angeklagten G und M im Zusammenhang mit dem Abschluss des ersten Vertrages in Bagdad entgegen den Gepflogenheiten keinen Kontakt mit der schweizerischen Botschaft aufnahmen und damit auf Erkundigungen über den Vertragspartner und auf Hintergrundinformationen verzichteten.

b. Zweite Phase: Gestützt auf die bereits zur ersten Phase erwähnten Umstände; gestützt auf die technischen Kenntnisse von G und den Umstand, dass einer der Mittelsmänner, wie G wusste, sich in anderem Zusammenhang mit Rüstungsprojekten befasst hatte; gestützt auf verschiedene auffällige Projektänderungen, ein Rumoren in der Belegschaft („Pressen oder Verschlussblöcke“ ?) und aus der Tatsache, dass G bereit war, nach der Anhaltung von zwei Lieferungen in Frankfurt und Bern und im Wissen um die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen Widerhandlung gegen das KMG einen Teil der Konstruktionspläne der irakischen Botschaft abzuliefern, wird hergeleitet, dass G den wahren Verwendungszweck der unter seiner technischen Leitung hergestellten Gegenstände intensiver hätte hinterfragen müssen. Dann hätte er festgestellt, dass die in Frage stehenden Zylinder nicht zur Erzeugung von Kräften, sondern für den Abbau grosser Kräfte verwendet werden und Eigenschaften von grossen Stossdämpfern aufweisen.

Interessant ist, dass die hier aufgezählten Indizien auch in ihrer Summierung nicht für den Nachweis des Vorsatzes ausreichen, sondern nur für Fahrlässigkeit. Auch aus der Tatsache, dass mit der Zeit die Projektdurch Phantasienamen ersetzt wurden, lässt sich kein Vorsatz herleiten.

c. Dritte Phase, Angeklagter M: Dieser war immer kaufmännisch tätig und verfügte über keine technischen Kenntnisse. Aus folgenden Indizien wird auf Eventualdolus geschlossen. Er wusste von der Anhaltung einer Lieferung in Frankfurt wegen Verdachtes auf Zuwiderhandlung gegen das deutsche Kriegswaffenkontrollgesetz. Trotzdem unternahm er alles, dass die folgende Lieferung abgewickelt werden konnte. Er informierte die eigene Rechtsabteilung nur unvollständig. Er wusste von Änderungswünschen der Iraker betreffend Transportroute und Adressierung, was umfangreiche Arbeiten nötig machte (Neubeschriftung der Transportkisten, Änderung von Beglaubigung der Handelskammer und von Akkreditiv).

d. Dritte Phase, Angeklagter F. Ihm wird die Unterlassung der nötigen organisatorischen Massnahmen vorgeworfen, die eine sachgerechte Reaktion auf die Anhaltung der Lieferung in Frankfurt garantiert hätte, in concreto das Stoppen der letzten noch in Bern befindlichen Lieferung. Im Zweifel wird nur Fahrlässigkeit angenommen, weil sich F trotz seiner Stellung als Konzernchef und insbesondere in seiner Funktion als Betreuer

des Konzernstabs Recht keine hinreichenden Gedanken über seine Pflichten gemacht hat. Offengelassen wurde, ob er überdies auf Grund von Presseberichten („Eine Superkanone für Saddam Hussein ?“: „Rätselraten über die irakische Superkanone“) hätte hellhörig werden müssen.

24. Wann hat der Betreiber eines *Hanfladens Vorsatz betreffend einen Verbotenen THG-Gehalt* der verkauften Produkte ³⁷? Indikatoren dafür sind: Preise für Erwerb und Verkauf von Hanfprodukten, die weit über den für zugelassene Hanfprodukte üblichen Preise lagen; schriftliche Warnungen, die der Angeklagte seinen Kunden abgegeben hat; Höhe der Verkaufszahlen, auf Grund derer eine Verwendung der verkauften „Duftsäcklein“ für gesundheitsfördernde Zwecke unglaublich war; Einleitung eines Strafverfahrens.

25. Wann ist Vorsatz betreffend den *Virentatbestand* (StGB 144bis Ziff. 2 I) gegeben³⁸? Das Bundesgericht wiederholte, dass die vorinstanzliche Bewertung der Vorsatzindikatoren von ihm überprüft werden kann.³⁹ Der Angeklagte hatte eine CD-Rom im Internet vertrieben, in der sich unter anderem Instruktionen und Hinweise zur Erzeugung von Programmen befanden, die Daten infizieren, zerstören oder unbrauchbar machen. Er hatte die CD-Rom als Sammlung von Untergrundinformationen angepriesen; die CD-Rom enthalte „alle grauen und schwarzen Zonen“, die auf Internet gefunden werden könnten; auf ihr befänden sich „illegale und gefährliche Dinge“. Er hatte bewusst an solchen Informationen interessierte Kreise angesprochen. Er hatte nicht kontrolliert, wer die Herstellungsanleitung erwarb. An Schutzvorrichtungen gegen missbräuchliche Verwendung war er nicht interessiert. Das genügt für die Annahme, dass der Angeklagte Eventualvorsatz betreffend missbräuchliche Verwendung der gelieferten Herstellungsanleitung hatte. Die Warnung auf dem Umschlag und auf der CD-Rom vor der datenschädigenden Wirkung ändert nicht daran.

26. Vorsatz betreffend verbotene Heilmittelwerbung („Neurodermitis“).⁴⁰ Die Angeklagte, bei ihrer Firma für die Werbung verantwortlich, erteilte einer Kommunikationsfachfrau den Auftrag, für die Laienpresse verschiedene Artikel über die Hautkrankheit Neurodermitis zu verfassen. Sie genehmigte die Artikel und trug sie verschiedenen Zeitschriften und Zeitungen zur Publikation an. Daraufhin erschienen vier redaktionelle Artikel zum Thema Neurodermitis, in welchen der Markenname eines verschreibungspflichtigen Medikamentes ausdrücklich genannt und seine positiven Wirkungen geschildert wurden.

³⁷ BGE 126 IV 198.

³⁸ BGE 129 IV 230.

³⁹ BGE 129 IV 230 E. 5. 3. 2, 236.

⁴⁰ BGE 133 IV 222.

Auf Grund der in diesem Ausmass selten anzutreffenden Summierung von Vorsatzindizien bejahte das Bundesgericht Eventualvorsatz; nämlich vertieftes Fachwissen in den Bereichen Marketing und Arzneimittelwerbung, Wissen um die Verschreibungspflicht des Medikamentes, Kenntnis der Wirkungen des Präparates, Kenntnis des Verbots der Publikumswerbung, Abfassen und Publizieren lassen der Artikel für ein Laienpublikum, mehrfache Nennung des Markennamens und Anpreisung des Präparates („neuer Stern am Neurodermitis-Himmel“, „neue kortisonfreie Wunderwaffe gegen Neurodermitis“ etc.), Verschweigen mehrerer Nebenwirkungen, Verschweigen der Qualifikation als Reservemedikament (nur einzusetzen, wenn herkömmliche Behandlung nicht genügend wirksam oder Beschwerden verursacht).

C. Aids und Raser

27. Wie steht es mit dem Vorsatz bei der Übertragung des HI-Virus durch Sexualkontakte ? Unter welchen Umständen haben Raser Tötungsvorsatz ? Diese beiden Phänomene haben in den letzten Jahren zu besonderen Kontroversen geführt, weshalb sie hier in einem separaten Abschnitt behandelt werden sollen.

28. Zunächst zu den Aids-Fällen.

a. In einem ersten Fall bestätigte das Bundesgericht die Verurteilung wegen eventualvorsätzlicher schwerer Körperverletzung (StGB 122) und eventualvorsätzlichen Verbreitens menschlicher Krankheiten (StGB 231)⁴¹, verneinte aber einen Tötungsversuch.⁴² Dabei berücksichtigte es folgende Vorsatzindikatoren: Der Angeklagte wusste, dass er HIV-positiv war. Er wusste um die Möglichkeit der Übertragung des HI-Virus bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr und dass die HIV-Infektion nach ungewisser Zeit zur unheilbaren Immunschwäche AIDS und danach zum Tode führen konnte (Tathandlungen 1991 - 1993). Er konnte das Risiko einer Übertragung des Virus nicht kontrollieren oder dosieren und das Opfer hatte gegen die Gefahr einer Infizierung keine Abwehrchance. Unerheblich ist, dass die Infektionswahrscheinlichkeit statistisch gesehen gering ist (ein ungeschützter Geschlechtsverkehr auf dreihundert infektiös). Denn jeder Geschlechtsverkehr, auch der erste oder einmalige kann zur Virusübertragung führen („russisches Roulette“⁴³).

Tötungsvorsatz wurde aus verschiedenen Gründen verneint, unter

⁴¹ BGE 125 IV 242.

⁴² BGE 125 IV 255.

⁴³ Übernommen von Karl-Ludwig Kunz, Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht, ZStrR 1990, 39 ff, 62.

anderem wegen stark verbesserter Therapiemöglichkeiten.⁴⁴

b. An diesen Überlegungen hielt das Bundesgericht in einem weiteren Urteil betreffend versuchte schwere Körperverletzung und versuchte Verbreitung menschlicher Krankheiten im wesentlichen fest.⁴⁵ Es fügte hinzu: Wer im Wissen um seine HIV-Infektion und in Kenntnis der Uebertragungsmöglichkeiten den Partner nicht über die Infektion aufklärt und gleichwohl mit ihm ungeschützt verkehrt, bekundet eine Gleichgültigkeit gegenüber der bei jedem einzelnen ungeschütztem Sexualkontakt möglichen Infizierung eines Partners in einem Ausmass, dass sich der Schluss auf Inkaufnahme der Infizierung aufdrängt. Denn er kann unmöglich wissen, ob nicht gerade der eine ungeschützte Sexualkontakt den Partner infiziert. Ergänzend wird die im ersten Urteil erwähnte statistische Infektionswahrscheinlichkeit von 0,3% relativiert. Die Wahrscheinlichkeit der Übertragung bei den ersten Kontakten sei höher und hänge stark von verschiedenen Faktoren ab, die - so wird man ergänzen müssen - der Täter nicht alle kennen kann. Hinzu kam im konkreten Fall die Aussage des Täters, im sei die Sache egal; die Leute seien selbst schuld, wenn er sie bei ungeschütztem Verkehr anstecken würde.

29. Raser.

a. Eventualvorsätzliche Tötung bei Raserei im Strassenverkehr wurde bereits 1986 bejaht.⁴⁶ Der Angeklagte war nachts mit Tempo 240 und Abblendlicht auf der Autobahn auf eine Unfallauto aufgefahren und hatte dabei zwei Personen getötet. Leider ist das Urteil nicht publiziert.⁴⁷ Die bei Tempo 240 extrem lange Anhaltestrecke macht es in der Regel unmöglich, auf ein stehendes Hindernis wie ein liegen gebliebenes Unfallauto rechtzeitig zu reagieren. Ein so eingesetztes Auto hat den Effekt einer rollenden Bombe (conducteur „suicide au volant d'une bombe roulante“). Dieses Urteil blieb lange ein Einzelfall.

b. Erst 2004 kam es zu einem publizierten Grundsatzurteil, in dem Eventualvorsatz bei Raserei im Strassenverkehr angenommen wurde.⁴⁸ Die beiden Angeklagten lieferten sich über eine längere Strecke zunächst ausserorts ein Verfolgungsrennen mit sehr hohen Geschwindigkeiten (100 - 140 km/h). Dann rasten sie eng hintereinander oder nebeneinander mit

⁴⁴ Die Verneinung des Tötungsvorsatzes, nachdem zuvor der Vorsatz einer unmittelbaren Lebensgefahr bejaht wurde, erscheint widersprüchlich. Schwere Körperverletzung und entsprechender Vorsatz lassen sich wohl besser damit begründen, dass auch eine medikamentös in Schach gehaltene HIV-Infektion eine massive Beeinträchtigung der physischen und der psychischen Gesundheit darstellt und der Täter dies in der Regel weiss; doch fehlten hier möglicherweise entsprechende Feststellungen des Tatrichters.

⁴⁵ BGE 131 IV 1.

⁴⁶ BGer 5. 10. 1986, Str. 61/86.

⁴⁷ Vgl. die Hinweise in JdT 1988 IV 130 ff.

⁴⁸ BGE 130 IV 58.

Tempo 120 - 140 in ein Dorf. Das eine Auto kam ins Schleudern und tötete zwei Fussgänger. Insbesondere aus der illegalen Geschwindigkeitsdifferenz von 90 km/h innerorts (tatsächlich Geschwindigkeit von 140 minus gesetzliche Höchstgeschwindigkeit von 50) wird auf Vorsatz geschlossen.

c. In einem nicht publizierten Urteil wurde vorsätzliche Tötung des Beifahrers bejaht.⁴⁹ Nach einem längeren Rennen verunfallte der Angeklagte, als er auf einer Autobahnausfahrt wegen massiv übersetzter Geschwindigkeit (illegale Geschwindigkeitsdifferenz 70 - 100 km/h) die Herrschaft über sein Auto verlor.

d. In zwei publizierten Urteilen wurden dann die Gegenindizien, also Indizien gegen Tötungsvorsatz deutlich gemacht und Eventualvorsatz betreffend Tötung verneint.

1) Absichtlich herbeigeführte Streifkollision auf der Autobahn.⁵⁰ Gerade, übersichtliche, ebene Strecke. Angeklagter mit Tempo 120 auf der Überholspur, anderes Auto mit Tempo 100 auf der Normalspur. Geringfügige Schäden; beide Autos kamen ins Schleudern, konnten aber offenbar wieder unter Kontrolle gebracht werden. Der Unfallgegner hatte - anders als der Partner in den oben erörterten Aidsfällen - erkennbar eine Abwehrchance.

2) Frontalkollision zwischen zwei Autos ausserorts. Die beiden Fahrzeugführer F und G tot, die anderen fünf Insassen des Autos F (Ehefrau und vier Kinder von F) respektive zwei des Autos G verletzt. Angeklagt und vorinstanzlich wegen vorsätzlicher Tötung des F und des G verurteilt war X.⁵¹

Sachverhalt: X fuhr mit zulässiger Geschwindigkeit durch Muri AG. Ihm folgte F; X und F kannten sich. Ausserhalb der Ortschaft folgte F zunächst dem X und leitete 350 m vor der Stelle, an der es dann zur Frontalkollision kam, ein Überholmanöver ein. Gerade Strecke, bereits hier waren die Lichter eines entgegenkommenden Fahrzeuges erkennbar. In der Folge fuhren F und X mit geringem seitlichem Abstand beschleunigend parallel nebeneinander. Dabei kam es zu einer Streifkollision, da F wegen des nahenden Gegenverkehrs auf die Normalspur zurückkehren wollte. Im Zeitpunkt der Streifkollision hatte F Tempo 104 - 116 und X Tempo 102 - 114.

Das Bundesgericht verneint zunächst die Stichhaltigkeit zweier Vorsatzindizien, die die Vorinstanz zugrunde gelegt hatte (Schluss aus

⁴⁹ BGer 28. 3. 2006, 6S. 114/2005.

⁵⁰ BGE 133 IV 1.

⁵¹ BGE 133 IV 9. In Bezug auf die überlebenden Insassen der beiden Unfallfahrzeuge wurde X wegen vorsätzlicher Körperverletzung verurteilt, nicht aber wegen versuchter Tötung, was der Logik entsprochen hätte.

früherem Verhalten des X auf das zu erwartende Verhalten des F; Schluss aus dem Beschleunigen des F, als X beschleunigte, dass F das Überholmanöver durchziehen werde, Gegenargument: F hätte auch später noch durch Abbremsen und Einbiegen Kollision vermeiden können.). Dann nennt das Bundesgericht Gegenindizien. Zunächst Selbstgefährdung des X. Dann dass F. die Herrschaft über das Geschehen hatte und das Überholmanöver abbrechen konnte. Deutlicher Unterschied zu den Raserfällen, wo Vorsatz bejaht wurde (illegale Geschwindigkeitsdifferenz von X 22 - 34 km/h; nur kurzes „Rennen“, fall es überhaupt ein solches war).

Dem wird als genereller Hinweis hinzugefügt, dass Eventualvorsatz betreffend Verletzungs- und Todesfolge bei Unfällen im Strassenverkehr nur mit Zurückhaltung in krassen Fällen anzunehmen sei, in denen sich aus dem gesamten Geschehen ergibt, dass sich der Fahrzeuglenker gegen das geschützte Rechtsgut entschieden hat.

III. Schlussbemerkung

30. Wie ist nach alledem über die Frage des Eventualvorsatzes zu entscheiden ? Gestützt auf welche Indizien ist er zu bejahen, wann ist er zu verneinen ? Der hier gegebene Überblick über die höchstrichterliche Rechtsprechung - rund 25 Urteile in einem Zeitraum von über 60 Jahren - zeigt, dass dies von zahlreichen Umständen des Einzelfalles abhängt. Verallgemeinerungsfähig sind allerdings zwei Gesichtspunkte:

(1) Entscheidend für die Frage des Eventualdolus ist nicht, ob man die „richtige“ Formel findet. Stets geht es darum, ob auf Grund der Summe aller positiven und unter Berücksichtigung aller negativen Vorsatzindizien das Werturteil getroffen werden darf, der Angeklagte habe sich für die Rechtsgutsverletzung entschieden.

(2) Eventualvorsatz ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen und zwar aus materiellen (Begriff des Eventualvorsatzes) und aus prozessualen (in dubio pro reo) Gründen.

31. Diese Zurückhaltung wird besonders deutlich im Von-Roll-Urteil des Bundesstrafgerichtes⁵², wo, wie dargelegt, trotz Vorliegen von mehreren Vorsatzindizien Vorsatz nur in einem Punkt in Bezug auf einen der Angeklagten bejaht wurde. Die Zurückhaltung in der Annahme des Vorsatzes wird neuerdings vor allem in den Raserfällen betont.

32. Hinzufügen könnte man noch folgende Überlegung zu den Aids- und Raserfällen: Der Gedanke der rollenden Bombe, wie er dem ersten mangels

⁵² Oben N 23.

Publikation phantomhaften Raserurteil⁵³ zugrunde lag, oder des russischen Roulette, wie im ersten Aidsurteil⁵⁴ angesprochen, zeigt, worauf es hier bei Delikten gegen Leib und Leben ankommt. Wer eine tödliche Gefahr oder eine Gefahr für eine gravierende Gesundheitsbeschädigung wissentlich unkontrolliert aus der Hand gibt, handelt vorsätzlich. Deshalb ist die Frage nach dem Prozentsatz der Infektionswahrscheinlichkeit unerheblich.

⁵³ Oben N 29 lit. a.

⁵⁴ Oben N 28 lit. a.