

Strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Sta- tus quo, Reflexion, Folgerungen

NF 13DPD3-118107/1

Schlussbericht an den Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung

Kurt Pärli, Prof. (FH) Dr. iur.

Peter Moesch Payot, lic.iur. LL.M.

Studentische Mitarbeiter/innen:

Melanie Studer, Stud. Wirtschaftsrecht, ZHAW

Nina Hänsli, Stud. Wirtschaftsrecht, ZHAW

Daniel Goldberg, Stud. Soziale Arbeit, FHNW

Bern, Olten und Winterthur, 28.2.2009

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	2
Abkürzungsverzeichnis	6
Literaturverzeichnis	7
Tabellenverzeichnis	13
I. Projektbeschreibung und Methodik	14
II. Ergebnisse und Analyse der empirischen Erhebung	17
III. Dogmatisch fundierte Auswertung der Strafurteile	30
IV. Der „new Public Health-Ansatz“ zur Bekämpfung der HIV-Infektion	53
V. Rechtsvergleichende Aspekte	63
VI. Diskussion und Vorschläge	88
VII. Strafrechtlicher Umgang mit der HIV-Infektion anhand der Gerichtspraxis 1990-2009: Fallvignetten	108
VIII. Anhang	133

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	2
Abkürzungsverzeichnis	6
Literaturverzeichnis	7
Tabellenverzeichnis	13
I. Projektbeschreibung und Methodik	14
1. Hintergrund und Ausgangslage	14
2. Ziele des Projektes	14
2.1. Projektorganisation und Zusammenarbeit mit dem Praxispartner	15
2.2. Vernetzung des Projektes mit HV/Aids-Akteuren in der Schweiz	15
2.3. Internationale Vernetzung des Projektes	15
2.4. Der Transfer der Studienergebnisse	16
3. Methodisches Vorgehen	16
II. Ergebnisse und Analyse der empirischen Erhebung	17
1. Datenerhebung	17
2. Analyse der Urteile	18
2.1. Urteilsanalyse in zeitlicher Hinsicht	18
2.2. Täterprofil/Opferprofil und Kontaktkonstellationen	20
2.3. Sanktionierung und Strafmass	25
III. Dogmatisch fundierte Auswertung der Strafurteile	30
1. Allgemeines	30
2. HIV-Übertragung als Delikt gegen Leib und Leben	31
2.1. HIV und der Schutz körperlicher Integrität	31
2.2. HIV-Infektion als schwere Körperverletzung?	31
2.3. Die Frage der Kausalität und des Beweises bei HI-Virus-Ansteckungen	33
3. HIV-Übertragung als Verbreiten einer gefährlichen Krankheit	34
4. Die Übertragung von HIV zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit	37
5. Die Rolle des Opfers bei HIV: zwischen Einwilligung, erlaubtem Risiko und Opfermitverantwortung	40
6. Die Bedeutung medizinischer Entwicklungen und präventiver Empfehlungen in der Strafrechtspraxis	44
6.1. Das Bild von HIV und die Abbildung der medizinischen Fortschritte	44
6.2. Befunde zur Infektiosität und ihre strafrechtliche Bedeutung	47
6.3. Im Besonderen: die strafrechtliche Relevanz der neuen Empfehlungen für serodifferente Paare in festen Partnerschaften	48
7. Der Diskurs um Prävention und Public Health in den Urteilen, insb. AIDS-Beratungs- und Präventionskonzept der doppelten Verantwortung in der Strafrechtspraxis	50
8. Kriminalpolitische Einbettung der Rechtsprechung	51
IV. Der „new Public Health-Ansatz“ zur Bekämpfung der HIV-Infektion	53
1. Die epidemienrechtliche Ausgangslage	53
2. Die Entscheidung für einen „new Public Health Ansatz“	53
2.1. Ablehnung gesundheitspolizeilicher Zwangsmassnahmen	53
2.2. Die Entscheidung für das Primat der Prävention, Information und Beratung	55
2.3. Die HIV-Infektion als meldepflichtige Krankheit	55
2.4. Fortführung bewährter Grundsätze unter veränderten Voraussetzungen	56
2.5. Kritik am Verzicht auf gesundheitspolizeiliche Massnahmen	56
2.6. Würdigung	57
3. Die laufende Revision des Epidemiengesetzes	58
3.1. Allgemeines	58
3.2. Für die HIV/Aids-Bekämpfung relevante Änderungen	58
3.3. Revision Art. 231 StGB	59
V. Rechtsvergleichende Aspekte	63
1. Einleitung	63
2. Weltweiter Trend zur Kriminalisierung der HIV-Übertragung	64
2.1. Allgemeine Übersicht	64
2.2. Prävention durch Strafrecht: Gesetzgebung und Rechtsprechung in US-Gliedstaaten	65
2.2.1. Strafnormen gegen die HIV-Übertragung	65
2.2.2. Rechtsprechung	66
2.2.3. Umstrittene Wirkung der Strafnormen	67
3. Die HIV-Übertragung als Delikt gegen die öffentliche Gesundheit und besondere Verhaltenspflichten für Menschen mit HIV/Aids	69
3.1. Die Situation in Österreich	69

3.1.1	Die relevanten Straf- und Verwaltungsnormen	69
3.1.2	Art und Häufigkeit von Strafurteilen	70
3.1.3	Das Österreichische Aidsgesetz	71
3.1.4	Würdigung der Rechtslage und – praxis in Österreich	71
3.2.	Die Rechtslage in Schweden	72
3.2.1	Die einschlägigen Strafrechts- und Epidemienrechtsnormen	72
3.2.2	Gerichtspraxis	73
3.2.3	Der Fall Enholm vor dem Europäischengerichtshof für Menschenrechte: Grenzen der Verhaltensprävention	73
4.	Die Rechtslage in Deutschland, den Niederlanden und in Kanada	75
4.1.	Die Situation in Deutschland	75
4.1.1	Die HIV-Übertragung als gefährliche Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuches	75
4.1.2	Berücksichtigung neuerer medizinischer Erkenntnisse über die Infektiosität	76
4.1.3	Keine epidemienrechtliche Strafnorm	77
4.2.	Die Rechtslage in den Niederlanden	78
4.2.1	Die relevanten Strafrechtsnormen	78
4.2.2	Gerichtspraxis	78
4.3.	Die Rechtslage in Kanada	80
4.3.1	Die (möglichen) Normen zur Bestrafung der HIV-Übertragung	80
4.3.2	Ausgewählte Gerichtsfälle	81
4.3.3	Häufigkeit von Verurteilungen und Täter/innenprofile	85
4.3.4	Fazit und Diskussion	86
5.	Zusammenfassendes Fazit	86
VI.	Diskussion und Vorschläge	88
1.	Ausgangslage und Orientierung: Staatlicher Umgang mit HIV/Aids im Spiegel der Menschenrechte	88
2.	Positionen gegen die Kriminalisierung der HIV-Übertragung	90
2.1.	Die Haltung der UNAIDS	90
2.2.	Zehn Gründe gegen die Kriminalisierung: Das Argumentarium des „Open Society Institutes“	91
3.	Wichtigste Erkenntnisse aus der empirischen und dogmatischen Analyse der HIV-Strafurteile	93
3.1.	Strafrecht bei HIV: überwiegend bei freiwilligen, heterosexuellen Sexualkontakten	93
3.2.	HIV-Serostatus als Krankheit zwischen straf- und sozialversicherungsrechtlicher Beurteilung	94
3.3.	Opfermitverantwortung und Einwilligung: es fehlt an vertiefter Analyse	95
3.4.	HIV-Übertragung als gemeingefährliches Delikt?: die Frage der Revision von Art. 231 StGB	96
3.5.	Schweizerische Rechtsprechung im Lichte internationaler Empfehlungen zum Umgang mit HIV	97
4.	Antworten und Empfehlungen an die Aids-Hilfe Schweiz	98
4.1.	Beantwortung der Forschungsfragen der Aids-Hilfe Schweiz	98
4.2.	Überarbeitung des Strafrechtspapier der AHS	101
4.3.	Weitere Empfehlungen	106
4.3.1	Informationen über Strafbarkeit der HIV-Übertragung verbreiten	106
4.3.2	Weitere Informationen über die Kriminalisierung sammeln und analysieren	106
4.3.3	Die Bekämpfung der Kriminalisierung auf rechtspolitischer Ebene	107
VII.	Strafrechtlicher Umgang mit der HIV-Infektion anhand der Gerichtspraxis 1990-2009:	
Fallvignetten		108
1.	Einleitung	108
2.	Übersicht Verurteilungsgrund und Strafmass sämtlicher Fälle	108
3.	Ausgewählte Fälle	111
3.1.	A006 BGE 134 IV 193 – Urteil Bger vom 13. Juni 2008	111
3.2.	H019 Kreisgericht VII Konolfingen – Urteil vom 05. 12. 2007 (erstinstanzlich)	114
3.3.	H020 Bezirksgericht Zürich 3. Abteilung – Prozess Nr. DG050473/U – Urteil vom 15.3.2006 (erstinstanzlich)	116
3.4.	G009 Obergericht des Kantons Zürich - Geschäfts-Nr. SE050005/U/eh - Urteil vom 13.06.05	117
3.5.	A005 (B002)BGE 131 IV 1 - Urteil vom 27.10.04	119
3.6.	G 011 Obergericht des Kantons Zürich - Geschäfts-Nr. SE030004/U - Urteil vom 23.06.03	121
3.7.	A003 BGE 125 IV 242 - Urteil vom 20.10.99	124

3.8.	A004 BGE 125 IV 255 – Urteil vom 20.10.99	126
3.9.	G018 Kantonsgericht Freiburg - CP 11/98 - Urteil vom 19.06.98	127
3.10.	A002 BGE 120 IV 313 - Urteil vom 17.06.94	128
3.11.	A001 BGE 116 IV 125 - Urteil vom 22.02.90	128
3.12.	H009: Gericht des Bezirks de la Broye und Nord Waadt - Urteil vom 20.04.04	130
3.13.	G005: Obergericht des Kantons Zürich - Geschäfts-Nr. SB990057/U/ah - Urteil vom 29.10.01	130
VIII.	Anhang	133
1.	Poster an der Thuner Tagung sozialwissenschaftliche HIV/Aids-Forschung, 4. – 5. 9. 2008	133
2.	Ausgewählte Straf- und Verwaltungsrechtsbestimmungen der Vergleichsrechtsordnungen	134
2.1.	Relevante Bestimmung im schwedischen Strafgesetzbuch: Art. 3, Section 9	134
2.2.	Auszug aus dem schwedischen Gesetz zu übertragbaren Krankheiten	134
2.3.	Die relevanten Normen des deutschen Strafgesetzbuches:	135
2.4.	Die einschlägigen Normen des österreichischen Strafgesetzbuches	136
2.5.	Das österreichische Aids-Gesetz	136
3.	Ausgewählte Auszüge aus Strafurteilen aus den Vergleichsrechtsordnungen	137
3.1.	Das Urteil des obersten schwedischen Gerichtshofes von 2004	137
3.2.	Das Urteil des Obersten Niederländischen Gerichtshofes vom 18. Januar 2005	139
3.3.	Auszug aus dem Urteil des Court Queens, Manitoba, Juli 2008	144
3.4.	Auszug aus dem Urteil Nürtingen vom 10.3.2008	148

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht (Deutschland)
Art.	Artikel
Aids	Acquired immune deficiency syndrome
Bspw.	Beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
Bzw.	beziehungsweise
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EpG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) (SR 818.101)
Fn.	Fussnote
GNP+	Global Network of People Living with HIV/Aids
HIV	Human immunodeficiency virus
LG	Landesgericht (Deutschland und Österreich)
MeldV	Verordnung vom 13. Januar 1999 über die Meldung übertragbarer Krankheiten des Menschen (SR 818.141.1)
OLG	Oberlandsgericht Österreich
rev.EpG	Vorentwurf zur Revision des EpG
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StGB-C	Strafgesetzbuch Kanada
StGB-D	Strafgesetzbuch Deutschland
StGB-N	Strafgesetzbuch Niederlande
StGB-Ö	Strafgesetzbuch Österreich
StGB-S	Strafgesetzbuch Schweden
UNAIDS	Joint United Nations Programme on HIV and AIDS
VO-EDI	Verordnung des EDI vom 13. Januar 1999 über Arzt- und Labormeldungen (SR 818.141.11)
z.B.	zum Beispiel

Literaturverzeichnis

ACKERMANN JÜRIG-BEAT, Basler Kommentar Strafrecht II, Kommentierung zu Art. 232, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Basel 2007.

AIDS-HILFE SCHWEIZ, Strafbarkeit der HIV-Übertragung, Positionspapier der Aids-Hilfe Schweiz, Zürich 2001.

AIDS-HILFE SCHWEIZ, Beziehung und Sexualität, eine Broschüre für Menschen mit HIV und ihre Partnerinnen und Partner, Zürich 2002. (zit.: Beziehung und Sexualität)

AIGNER GERHARD, HIV-Infektion und Strafbarkeit nach §§ 178, 179 StGB, Recht der Medizin (RdM) 2000.

AMON, JOSEPH, Preventing the Further Spread of HIV/AIDS. The Essential Role of Human Rights, New York, 2006.

BACHMANN DOMINIK, Bundesgericht verschärft Praxis bei der Bestrafung der Übertragung des HI-Virus, in: Jusletter vom 24. November 2008.

BAUMANN KAI, Eine kurze Geschichte der Tätowierung im Lichte der kriminologischen Forschung, in: Baumann Kai, Stöver Heino (Hrsg.), Tätowierungen im Strafvollzug, Oldenburg, 2006.

BAUMANN PAUL/GEISER THOMAS ET. AL., Recht gegen Aids, Zürich 1987.

B EGLINGER FRIDOLIN, Basler Kommentar Strafrecht II, Kommentierung zu Art. 231, 2. Auflage, Basel 2007.

BERTEL CHRISTIAN/SCHWAIGHOFER KLAUS, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil II, §§ 169 bis 321 StGB, 8. Auflage, Berlin 2008.

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Nationales HIV/Aids-Programm 2004-2008 (zit. HIV/Aids-Programm).

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Empfehlungen des BAG über die freiwillige HIV-Beratung und -Testung (VCT) unter Verwendung von HIV-Schnelltests an Teststellen, (Quelle: www.bag.admin.ch/infinfo, Zugriff 14.2.2009, zit. Empfehlungen).

BURRIS SCOTT/BELETSKY LEO/BURLESON JOSEPH A./CASE PATRICIA/LAZZARINI ZITA, Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behaviour? An Empirical Trial, Research Paper No. 2007-03, Temple University, Beasley School of Law, siehe <http://ssrn.com/abstract=977274> (Zugriff 9.1.2009).

BRAY SARA J., Criminal Prosecutions for HIV-Exposure: Overview and Analysis, Working Paper, Volume 3, Issue I, Yale University Center for Interdisciplinary Research on Aids, 2003.

CHRISTIE NIELS, The ideal victim, in: Fattah E.A. (Hrsg.), From Crime Policy to Victim Policy, London, S. 1 ff.

CLASTER DANIEL S., Bad guys and good guys. Moral Polarization and Crime, Westport Conn., London 1992.

DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Auflage, Zürich 2008.

DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Auflage, Zürich 2004.

DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, 8. Auflage, Zürich 2006.

DUBOIS-ARBER/JEANNIN A. ET AL, Evaluation der HIV/Aids-Präventionsstrategie in der Schweiz. Siebter Synthesebericht 1999-2003. Lausanne, 2003.

ELLIOT RICHARD, After Cuerrier, Canadian Criminal Law and the Non-Disclosure of HIV-Positive Status, Canadian HIV/Aids Legal Network, 1999.

FIOLKA GERHARD, Basler Kommentar Strafrecht II, Kommentierung zu Art. 261/Art. 262, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Basel 2007.

GARLAND DAVID, The Culture of Control, Crime and Social Order in Contemporary Society, Chicago 2001.

GÄCHTER THOMAS/VOLLENWEIDER IRENE, Gesundheitsrecht, Basel 2008.

GALLETLY CAROL L./PINKERTON STEVEN D., Preventing HIV Transmission via HIV Exposure Laws: Applying Logic and Mathematical Modeling to Compare Statutory Approaches to Penalizing Undisclosed Exposure to HIV, Journal of Law, Medicine & Ethics, Volume 36, Number 3, S. 577 ff.

GAUPNER HELMUT, Das späte Menschenrecht, Sexualität im Recht, Skriptum Universität Innsbruck, 2006, Quelle: <http://www.graupner.at/documents/Seminarunterlage-060405.pdf> (Zugriff: 20.2.2009).

GUILLOZ OLIVIER, Lutte contre le sida: quel rôle pour le droit pénal?, Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR) 115/1997, S. 130 ff.

HALLER WALTER, Grundrechte und Epidemiengesetz, in: BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT/BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (HRSG.), Recht & Aids, Bern 1990.

HAUSSER DOMINIQUE, Notes sur le jugement du Tribunal de police de Genève du 29.8.1994, plädoyer 5/1994, S. 53 f.

HASSEMER WINFRIED, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, Neue Zeitschrift für Strafrecht 9/1990, S. 553-559.

HEGETSCHWILER HANS, Strafverfolgung wegen Übertragung von Aids – nur ein strafrechtliches Problem?, Schweizerische Juristenzeitung (SJZ) 85/1989, S. 300 ff.

HINTERHOFER HUBERT, AIDS, HIV und Strafrecht. Zur Strafbarkeit von Sexualkontakten HIV-infizierter Personen nach den §§ 178 und 179. Rechtsgutachten im Auftrag der AIDS-Hilfen Österreichs, 2002, Nachtrag Rechtsprechungsanalyse 2002-2003. Quellen: Internetseite der Österreichischen Aids-Hilfe, siehe <http://www.aidshilfen.at> (Suche unter „news“ nach „Strafrecht“, Zugriff 15.2.2009)

HUBER CHRISTIAN, Ausgewählte Fragen zur Strafbarkeit der HIV-Übertragung, Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR) 1997, S. 113 ff.

HÜBNER FLORIAN, Faut il encore pénaliser la transmission du VIH en Suisse?, plädoyer 6/1996, S. 46.

JAKOBS GÜNTHER, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Hsu Y.-H. (Hrsg.), Foundations and limits of criminal law and criminal procedure. An anthology in memory of Prof. Fu-Tseng Hung, Taipei, S. 41-61

JENNY GUIDO, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999, Zentralblatt des Bernischen Juristenvereins Bd. 136/2000, S. 641 ff.

KELLER MAX, Rechtliche Bedeutung des Status "HIV-positiv", Basel 1993.

KELLER PETRA, Betreuung im Schweizer Frauenstrafvollzug. Das Betreuungskonzept der Frauenstrafanstalt Hindelbank, Zürich: Universität Zürich, Soziologisches Institut, (online-Publikation siehe http://socio.ch/cr/t_keller.htm, Zugriff 15.2.2009).

KIENAPFEL DIETHELM, Grundriss des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil I, 4. Auflage 1997.

KIENAPFEL DIETHELM/SCHMOLLER KURT, Studienbuch Strafrecht, Besonderer Teil Bd. III, Wien 2005.

KUNZ KARL-LUDWIG, Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht, Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR) 107/1990, S. 39 ff.

KUNZ KARL-LUDWIG, Grundzüge der heutigen Kriminalpolitik, in: Neue Kriminalpolitik 17/2005 Heft 4, S. 151 ff. (zit.: Kriminalpolitik)

KUNZ KARL-LUDWIG, Kriminologie, 5. Auflage, Haupt UTB, Bern 2008. (zit.: Kriminologie)

LAGODNY OTTO, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Freiburg im Breisgau, 1995.

LAZZARINI ZITA/BRAY SARAH/BURRIS SCOTT, Evaluating the Impact of Criminal HIV Risk Behavior, Journal of Law, Medicine & Ethics, 30, 2002.

LEUZINGER-NAEF SUSANNE, HIV-Infektion und Folgen als vorbehaltstfähige Krankheit, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SZS) 1992, S. 65 ff.

MÖSCH PAYOT PETER, Der Kampf gegen häusliche Gewalt: Zwischen Hilfe, Sanktion und Strafe. Kriminalpolitische Veränderungen und die Funktionalisierung des Strafrechts zum Opferschutz am Beispiel der Reformen im Kampf gegen häusliche Gewalt in der Schweiz, Luzern 2007.

MÜLLER MARKUS, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung. Das Epidemien-gesetz und die persönliche Freiheit, Basel und Frankfurt, 1992 (zit. : Zwangsmassnahmen).

MÜLLER MARKUS, Strafrecht und Epidemienrecht in der Aids-Bekämpfung, AJP 8/1993, S. 915 ff. (zit.: Epidemienrecht).

NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Gutachten betreffend der Frage „Ist eine Änderung von Art. 231 StGB (Verbreiten menschlichen Krankheiten) angezeigt?“, im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Bern 2007 (<http://www.ekaf.ch>).

NÜTZI PATRICK, Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information. Strukturen- Zulässigkeit – Haftung, illustriert an den Beispielen AIDS und Listeriose, Diss. Bern 1995.

OMLIN ESTHER, Basler Kommentar Strafrecht II, Kommentierung zu Art. 298 StGB, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Basel 2007.

PÄRLI KURT, Menschenrechte als HIV-Politik, in: LOHRENSCHEIT CLAUDIA (Hrsg.), Sexuell Selbstbestimmung als Menschenrecht, Berlin 2009 (im Erscheinen).

PÄRLI KURT/CAPLAZI ALEXANDRA/SUTER CAROLINE, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Situation in Kanada, Grossbritannien, Frankreich, Deutschland und der Schweiz, Bern 2007.

PÄRLI KURT/MÜLLER KUCERA KARIN/SPYCHER STEFAN, Aids, Recht und Geld. Eine Untersuchung der rechtlichen und wirtschaftlichen Probleme von Menschen mit HIV/Aids, Zürich 2003.

PEARSHOUSE RICHARD, Legislation contagion: the spread of problematic new HIV laws in Western Africa — HIV/Aids Policy & Law Review 12(2/3).

PEDRAZZINI MARIO, HIV im Persönlichkeitsrecht und öffentlichen Recht im Zusammenhang mit der HIV-Infektion bzw. mit Aids, in: AIDS-Aufklärung Schweiz (Hrsg.), HIV und Recht, Basel 1999.

ROOS BEAT/KOLLER HEINRICH, Aids als gesundheitspolitische und rechtspolitische Herausforderung, in: BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT/BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Hrsg.), Recht & Aids, Bern 1990.

ROSENBROCK ROLF, Aids-Politik, Gesundheitspolitik und Schwulenpolitik, in: ROSENBROCK/SCHAEFER (Hrsg.), Die Normalisierung von Aids. Politik – Prävention – Krankenversorgung, Berlin 2002.

ROSENBROCK ROLF/SCHAEFFER DORIS/DUBOIS ARBER FRANCOISE/PINELL PATRICE/SETBON MICHEL, Die Normalisierung von Aids in Westeuropa, Der Politik-Zyklus am Beispiel einer Infektionskrankheit, Aids Info Docu, Infothek 5/1999, S. 4-15.

ROTH ANDREAS A./BERKEMEIER ANNE, Basler Kommentar Strafrecht II, Kommentierung zu Art. 122, B2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Basel 2007.

ROTH VICTOR, Staatliche Zwangsmassnahmen zur Bekämpfung von Aids?, in: BAUMANN ET AL. (Hrsg.), Recht gegen Aids, Bern 1987.

SCHÜPBACH MIKE/FORSTER PETER/ZELTNER THOMAS, Krankheitsbekämpfung, in: POLEDNA/KIESER (Hrsg.), Gesundheitsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VIII, Zürich 2005.

SCHULTZ HANS, Urteilsbesprechung BGE 116 IV 125, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 128/1992, S. 12.

SEELMANN KURT, Basler Kommentar Strafrecht I, Kommentierungen zu Art. 14, 2. Auflage, Basel 2007.

SOMAINI BERTINO, Aids/HIV-Bekämpfungsstrategi UNAIDS, HIV - Related Stigma. Discrimination and Human Rights Violations. Case studies of successful programmes, Genf, in: BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT/BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Hrsg.), Recht & Aids, Bern 1990.

STEINKE WOLFGANG/BARBEN JÜRIG/DELMORE GEOFFREY, Die seuchenpolitische Reaktion auf die HIV/Aids-Epidemie in der Schweiz, AIFO Heft 1, Jg. 1994, S. 7-17.

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Auflage, Bern 2005.

STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Auflage, Stämpfli Bern 2003.

STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. Auflage, Stämpfli Bern 2008.

TRECHSEL STEFAN/FINGERHUTH THOMAS, Kommentierung Art. 231, in Trechsel Stefan et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Dike Zürich/St. Gallen 2008.

TRIFFTERER OTTO, Österreichischer Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien, New York, 1994.

UNAIDS, HIV - Related Stigma. Discrimination and Human Rights Violations. Case studies of successful programmes, Genf (Zit. Case studies).

UNAIDS, Criminalization of HIV Transmission, Policy Brief, Geneva, 2008 (Zit. Criminalization).

VAN KOUWEN WILLEMIJN, BRUNENBERG KARIN, Supreme Court of the Netherlands, Criminal Division, HIV Transmission, in: Journal of Criminal Law, Volume 70, 6, 2006.

VERNAZZA PIETRO, HIRSCHER BERNARD, BERNASCONI ENOS, FLEPP MARKUS, Eidgenössische Kommission für Aidsfragen/Fachkommission Klinik und Therapie des Bundesamtes für Gesundheit, HIV-infizierte Menschen ohne andere STD sind unter wirksamer antiretroviraler Therapie sexuell nicht infektiös, in: Schweizerische Ärztezeitung 2008; 89: 5, S. 163 ff.

VEST HANS, Vorsatz bzgl. der Übertragung des HI-Virus bei ungeschützten heterosexuellen Sexualkontakten, Bemerkungen zu BGE 125 IV 242, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 9/2000, S. 1168-1173

WEISSENBARGER PHILIPPE, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Diss. Basel 1996

WERNER MARTIN, Was ist gute HIV/Aids-Prävention, Spectra, Newsletter Gesundheitsförderung und Prävention, Bern 2009.

WOLF LESLIE E./VEZINA RICHARD, „Crime and Punishment: Is There a Role for Criminal Law in HIV-Prevention Policy?“, Whittier Law Review, 24 (5): 821-886. 2004.

WEINREICH SONJA/BENN CHRISTOPH, Hintergrundinformationen zu HIV/Aids. Aktionsbündnis gegen Aids, Tübingen, 2002, Fundstelle: http://www.aids-kampagne.de/l8mimages/pdf/hintergrund_aids.pdf (Zugriff: 15.2.2009).

ZENGER CHRISTOPH, Öffentlich-rechtlicher Teil, in: GUILLOD/KUNZ/ZENGER, Fragen der Partnernotifikation, des Contact Tracing und der HIV-Tests aus der Sicht des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, des Zivilrechts und des Strafrechts, Bern 1999.

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Gefällte Urteile nach Zeitraum insgesamt (n=63).....	18
Tabelle 2: Strafurteile nach Zeitraum (n=51).....	19
Tabelle 3: Geschlecht von Opfern (n=68) und Angeschuldigten (n=39) in den 39 Verfahren.....	20
Tabelle 4: Staatsangehörigkeit der Angeschuldigten (n=39).....	21
Tabelle 5: Täter-Opfer-Konstellationen (n=39).....	21
Tabelle 6: Täter-Opfer- und Situationskonstellationen (n=51).....	24
Tabelle 7: Verurteilungsrate im Zusammenhang mit HIV (n=39).....	26
Tabelle 8: Tatbestände bei Verurteilungen wegen HIV/Aids (n=33).....	26
Tabelle 9: Übersicht Fallvarianten, die in der erhobenen Rechtsprechung vorkommen.....	102
Tabelle 10 Verurteilungsgrund und Strafmass.....	108

I. Projektbeschreibung und Methodik

1. Hintergrund und Ausgangslage

Die Kenntnisse über Ansteckungswege und –risiken von HIV/Aids haben sich im Verlaufe des letzten Jahrzehnts deutlich verändert, ebenso Grundlagenkenntnisse zu erfolgreichen Strategien zur Prävention. Gleichzeitig hat sich durch die erfolgreiche antiretrovirale Kombinationsbehandlung gegen HIV die Lebenssituation von vielen Menschen mit HIV/Aids verbessert. Die „Entdeckung“ der Nichtinfektiosität von Virusträger/innen unter bestimmten Bedingungen stellt einen weiteren Meilenstein in der Geschichte der HIV-Infektion dar und führt zu vielen Fragen auch rechtlicher Natur.

Im Verlaufe der frühen 1990er Jahre fand eine heftige kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Debatte statt um die Frage, ob und wie die Übertragung des HI-Virus strafrechtlich verfolgt werden soll. Bis heute besteht darüber in der Lehre keine Einigkeit. Die Debatten blieben nicht theoretischer Natur; die Gerichte wenden sowohl die Normen des Individualrechtsgüterschutzes (Delikte gegen Leib und Leben) wie auch die umstrittene Bestimmung in Art. 231 StGB „Verbreiten einer gefährlichen menschlichen Krankheit“ (Delikt gegen die öffentliche Gesundheit) an. Im europäischen Vergleich steht die Schweiz bezüglich Anzahl an Strafurteilen wegen der Übertragung des HI-Virus zusammen mit Schweden und Österreich an der Spitze¹.

Für die Aids-Hilfe Schweiz (AHS) als Interessenvertreterin von Menschen mit HIV/Aids stellt sich für ihre Beratungstätigkeit immer wieder die Frage, ob und wie die medizinischen und gesundheitspräventiven Kenntnisse im Rahmen der strafrechtlichen Praxis zu HIV/Aids in die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches einfließen, bzw. den Gerichten stellt sich die Frage, welche Kenntnisse wie für die Frage der Strafbarkeit in verschiedenen Konstellationen von HIV/Aids bedeutsam sein sollen. Die AHS reagierte bisher auf die unklare rechtliche Situation mit einem Positionspapier zur Strafbarkeit bei HIV/Aids. Die Erfahrungen in der Beratungspraxis zeigen, dass nach wie vor viele Unklarheiten bestehen. Das verlangt danach, dass die bisherige Rechtsprechung zum strafrechtlichen Umgang mit HIV/Aids systematisch wissenschaftlich ausgewertet wird, um eine Basis zu bieten für eine aktuelle Analyse der Rolle des Strafrechts bei HIV/Aids vor dem Hintergrund der in der Zwischenzeit gewonnenen medizinischen und präventionstheoretischen Kenntnisse.

2. Ziele des Projektes

Die Forschungsziele beinhalten eine systematische Auswertung der bisherigen strafrechtlichen Praxis bei HIV/Aids sowie die Reflexion der Praxis im Lichte der gesundheitspolitischen und gesundheitspräventiven Ziele und Instrumentarien bei HIV/Aids. Insbesondere sollen die Notwendigkeit und Wirksamkeit der einschlägigen Strafrechtsnormen und ihrer Auslegung für die Zielsetzungen der HIV/Aids-Prävention reflektiert werden. Weiter sollen Folgerungen für die Beratungspraxis *de lege lata* sowie

¹ Siehe die Ergebnisse einer Studie des Terrence Higgins Trust „A rapid scan of the laws and rates of prosecution for HIV transmission within signatory States of the European Convention of Human Rights, <http://www.gnpplus.net/criminalisation/list.shtml> (Zugriff: 15.2.2009).

der Bedarf bzw. die Möglichkeiten von Veränderungen der Normen bzw. ihrer Auslegung de lege ferenda geprüft werden.

Das anwendungsorientierte Forschungsprojekt soll als Forschungsergebnis in erster Linie für den Praxispartner relevante Schlussfolgerungen bieten: Für die Aids-Hilfe Schweiz als Praxispartner dieses Projektes soll die Studie vor diesem Hintergrund Entscheidungsgrundlagen für das weitere Vorgehen bieten. Einerseits hinsichtlich der Beratungspraxis, welche die strafrechtliche Praxis antizipierend berücksichtigen muss, andererseits für das normative Engagement des Verbandes gegen Diskriminierungen von Menschen mit HIV oder Aids. In diesem Zusammenhang soll geklärt werden, inwieweit die derzeitige strafrechtliche Praxis flexibel sein kann für Anliegen der HIV-Aidsprävention und gesundheitspolitische Ziele. Zudem soll die Studie Grundlage dafür bieten, dass die AHS ihr Positionspapier zum strafrechtlichen Umgang mit HIV/Aids gegebenenfalls anpassen kann.

2.1. Projektorganisation und Zusammenarbeit mit dem Praxispartner

Das Forschungsprojekt wurde im Spätsommer 2007 gestartet. Das Ziel, die Arbeiten im Herbst 2008 abzuschliessen, erwies sich als unrealistisch. Der Verlängerungsantrag (März 2009) zu Händen des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (SNF) wurde bewilligt.

Mit dem Praxispartner AHS fand ein regelmässiger Austausch statt. Die Schlussergebnisse der Studie wurden vor der Abgabe des Berichts an den SNF zusammen mit der AHS diskutiert.

2.2. Vernetzung des Projektes mit HIV/Aids-Akteuren in der Schweiz

Die Sektion Aids des Bundesamtes für Gesundheit und die Eidgenössische Kommission für Aidsfragen EKAF wurden über die Durchführung der Studie informiert. Der Projektleiter der Studie ist gleichzeitig Mitglied der EKAF und rief innerhalb der EKAF eine interdisziplinäre Arbeitsgruppe „HIV und Strafrecht“ ins Leben.

2.3. Internationale Vernetzung des Projektes

Während der ganzen Projektdauer bestand ein regelmässiger Austausch mit folgenden Organisationen/Personen:

- Kanada: Canadian Aids-Legal Network, Richard Pearshouse, Alice Symington
- Niederlande: Dutch HIV Association, A.M. Brand
- Deutschland: Rechtsanwalt Jakob Hösl, externer juristischer Berater der Deutschen Aids-Hilfe
- Schweden: Hiv-Sverige/HIV-Sweden, Andreas Berglöf

2.4. Der Transfer der Studienergebnisse

Eine erste Gelegenheit zur Präsentation von Zwischenergebnissen ergab sich im Rahmen der Tagung zur sozialwissenschaftlichen Aids-Forschung in Thun (4.-5. September 2008); es wurde ein Poster präsentiert (siehe Anhang), das zu regen Diskussionen mit den Teilnehmenden der Tagung führte.

Der Schlussbericht wurde den Verantwortlichen der Aids-Hilfe Schweiz (AHS) präsentiert. Die AHS wird die Ergebnisse innerhalb des Verbandes in angemessener Form weiterverbreiten. Im November 2009 ist eine Präsentation bei der Eidgenössischen Kommission für Aidsfragen vorgesehen. Für die juristische Fachwelt sind Publikationen geplant.

3. *Methodisches Vorgehen*

In einem ersten Schritt wurde die bisherige Gerichtspraxis systematisch erhoben (Zur Methode siehe unten in Kapitel Ergebnisse und Analyse der empirischen Erhebung, S. 17 f). Die insgesamt 52 verwertbaren Urteile wurden daraufhin in fallkategorischer-, instanzenbezogener, historischer und strafrechtsdogmatischer Hinsicht ausgewertet (zu den Ergebnissen siehe in Kapitel Ergebnisse und Analyse der empirischen Erhebung, S. 17 und die Darstellung ausgewählter Fälle in Kapitel Strafrechtlicher Umgang mit der HIV-Infektion anhand der Gerichtspraxis 1990-2009: Fallvignetten, S. 108) . Überblickartig wurde rechtsvergleichend die Strafrechtspraxis und Kritik daran in Kanada, einigen Gliedstaaten der USA sowie in ausgewählten Staaten Europas (Deutschland, Österreich, Niederlande und Schweden) als Vergleichsbasis zusammengestellt (Siehe Kapitel Rechtsvergleichende Aspekte, S. 63 ff.). Der strafrechtliche Umgang mit der HIV-Infektion wurde mit einer Analyse des auf das Epidemienrecht gestützten Lern- und Verantwortungsmodell der HIV/Aids-Bekämpfung kontrastiert (Siehe Kapitel Der „new Public Health-Ansatz“ zur Bekämpfung der HIV-Infektion, S. 53 ff. Im Schlusskapitel wurden die Ergebnisse zusammengetragen und zu den Forschungsfragen Stellung bezogen (Siehe Kapitel Diskussion und Vorschläge, S. 88).

II. Ergebnisse und Analyse der empirischen Erhebung

1. Datenerhebung

Um eine möglichst vollständige Erfassung aller Urteile unter Verwendung der Körperverletzungsdelikte (gemäss Artikel 122 ff StGB) und der Verbreitung gefährlicher Krankheiten (gemäss Art. 231 StGB) zu erreichen, wurde bei 94 erstinstanzlichen und allen kantonalen zweitinstanzlichen Gerichten nachgefragt, ob Urteile im Zusammenhang mit HIV/Aids vorhanden sind. Es antworteten 62 Gerichte erster Instanz und 17 Gerichte zweiter Instanz.

In einem weiteren Schritt wurden Unterlagen der Aids-Hilfe Schweiz auf Urteilshinweise hin ausgewertet, um allenfalls weitere Urteile fassen zu können. Ebenso wurde, insbesondere hinsichtlich Plausibilität, die Urteilsstatistik des Bundesamtes für Statistik bzgl. Art. 231 StGB herangezogen. Des Weiteren wurden die juristische Onlinedatenbank Swisslex und Zeitungsarchive abgesucht und ausgewertet. Auf Basis der Recherche wurde bei fünf Gerichten nochmals nachgefragt, so konnten drei weitere Urteile in die Statistik aufgenommen werden.

Von den 79 Gerichten, welche eine Rückmeldung machten, konnten Urteile von 19 Gerichten (6 Gerichte zweiter Instanz, 13 Gerichte erster Instanz) in die Statistik aufgenommen werden. Die entsprechenden Urteile wurden für den Zweck dieser Untersuchung allesamt zur Verfügung gestellt. Die anderen 60 Gerichte berichteten, es seien keine Urteile gefällt worden, bzw. den Richtern am jeweiligen Gericht seien keine Urteile bekannt. Einige Gerichte wiesen darauf hin, dass Aussagen nur bis zum Jahr 1997 oder 1998 getroffen werden können, da erst ab jenem Jahr die Möglichkeit einer elektronischen Erfassung und Recherche besteht. In all diesen Fällen wurde aber auf Rückfrage verschiedentlich darauf hingewiesen, es sei unwahrscheinlich, dass zuvor weitere Urteile zur gestellten Fragestellung gefällt wurden.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung konnte berücksichtigt werden, soweit die Entscheide publiziert sind bzw. seit dem Jahre 2000 als „weitere Entscheide“ auf der Datenbank des Bundesgerichts verfügbar sind². Von den 11 Urteilen des Bundesgerichtes wurden sechs in die offizielle Sammlung der Bundesgerichtsentscheide aufgenommen³, fünf erhobene Urteile gelten als „weitere Entscheide“. Eine Anfrage beim Bundesgericht um die Dokumentation mit nicht veröffentlichten Urteilen auch vor dem Jahre 2000 wurde abschlägig beantwortet.

Es ist anzunehmen, dass ein Grossteil der gefällten Urteile oberer kantonalen Instanzen und des Bundesgerichts sowie eine Mehrheit der Entscheide erster Instanz Eingang in diese Studie gefunden haben. Dafür spricht, dass die Urteile, die in internen Entscheidungssammlungen der Aids Hilfe Schweiz vorhanden waren, alle erfasst sind. Im Weiteren sprechen die vergleichbaren Zahlen des international erhobenen Überblicks über die Kriminalisierung von HIV/Aids für die Schweiz für den Zeitraum von

² Siehe unter www.bger.ch, folge „weitere Entscheide“ (Zugriff 11. 2. 2009).

³ Es handelt sich um die Urteile BGE 116 IV 125; BGE 120 IV 313; BGE 125 IV 243; BGE 125 IV 255; BGE 131 IV 1; BGE 134 IV 193.

1990 bis 2008 dafür⁴. Im Hinblick auf Verurteilungen betreffend Art. 231 StGB lässt die Gegenprobe mit der Gesamterhebung der Schweizerischen Strafurteilsstatistik des Bundes ebenfalls den Schluss zu, dass kaum eine Grosszahl weiterer Urteile mit diesem Konnex erhoben wurden, da gemäss Strafurteilsstatistik insgesamt nicht wesentlich mehr Urteile wegen Art. 231 StGB ergingen, als in dieser Studie erhoben wurden. Dies unbesehen vom weiteren Anwendungsbereich von Art. 231 StGB, der über die HIV-Übertragung hinausgeht.

Nicht vollständig erhoben werden konnten im Rahmen dieser Studie die Urteile erster Instanz. Ebenfalls ist denkbar, dass vor 2000 einzelne unveröffentlichte Bundesgerichtsentscheide vorliegen, die nicht bekannt sind, zumal eine entsprechende Dokumentationsanfrage vom Bundesgericht abschlägig beantwortet wurde.

2. Analyse der Urteile

2.1. Urteilsanalyse in zeitlicher Hinsicht

Insgesamt fanden 63 Urteile Eingang in die Auswertung. Vier Entscheide des Bundesgerichts betreffen Sozialversicherungsfragen, sechs allg. öffentlichrechtliche Fragen (insb. Opferhilfe). Ein Entscheid wurde von der privatrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts gefällt. Die erhobenen unterinstanzlichen Entscheide sind alle strafrechtlicher Natur.

Tabelle 1: Gefällte Urteile nach Zeitraum insgesamt (n=63)

Jahr	Erstinstanzlich kant.	Zweitinstanzlich kant.	Bundesgericht	Total
1990	0	0	3 (2 Urteile davon nicht strafrechtlich)	3 (2 Urteile davon nicht strafrechtlich)
1991	0	0	0	0
1992	0	0	1 (1)	1 (1)
1993	2	0	0	2
1994	0	2	1	3
1995	1	0	0	1
1996	3	0	0	3
1997	0	0	0	0
1998	0	2	1 (1)	3 (1)
1999	0	0	4 (2)	4 (2)
2000	2	0	2 (1)	4 (1)
2001	1	2	0	3
2002	1	0	1 (1)	2 (1)
2003	0	1	1 (1)	2 (1)

⁴ Siehe dazu der internationale Scan über die Kriminalisierung von HIV/Aids, der für die Schweiz im besagten Zeitraum von mehr als 40 Urteilen mit mehr als 30 Verurteilungen ausgeht. Siehe unter http://www.gnpplus.net/criminalisation/index.php?option=com_content&task=view&id=21&Itemid=42&limit=1&limitstart=2. (Zugriff am 5. 2. 2009).

2004	5	0	2	7
2005	3	3	0	6
2006	3	4	4 (1)	11 (1)
2007	1	1	1 (1)	3 (1)
2008	1	2	1	4
2009	1	0	0	1
Gesamt	24	17	22	63 (12)

Quelle: Eigene Datenbank Projekt strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen

Nach Ausscheidung der nichtstrafrechtlichen Urteile umfasst die Auswertung 52 Urteile mit im engeren Sinne strafrechtlicher Konnotation; 11 Urteile des Bundesgerichts, 17 Urteile kantonaler Ober- oder Kantonsgerichte und 24 Urteile von Bezirks-, Amts- oder Distriktsgerichten.

In einem Urteil geht es nicht um die Ansteckung mit dem HI-Virus, sondern mit Hepatitis B⁵, es wird im Weiteren ebenfalls aus der statistischen Auswertung ausgeschieden, so dass 51 Urteile mit Bezug zu HIV/Aids verbleiben.

Tabelle 2: Strafurteile nach Zeitraum (n=51)

	Erstinstanzlich kant.	Zweitinstanzlich kantonal	Bundesgericht	Total
Vor 1989	0	0	0	0
1990-1994	2	2	2	6
1995-1999	4	2	2	8
2000-2004	9	3	3	15
2005-2009	9	9	4	22
Gesamt	24	16	11	51

Quelle: Eigene Datenbank Projekt strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen

Die in der obigen Tabelle sichtbare Zunahme von Strafurteilen im Zusammenhang mit HIV/Aids seit dem Zeitraum 2000-2004 entspricht einer in der Strafurteilsstatistik deutlich sichtbaren Zunahme der Urteile betreffend der Verwirklichung von Art. 231 StGB seit 2003. Dies deutet auf eine Zunahme des strafrechtlichen Zugriffs auf Fälle von HIV/Aids hin⁶.

⁵ In diesem Urteil weist der Kassationshof des Kantonsgerichts Neuenburg den Entscheid zur Neuurteilung zurück, weil die Vorinstanz die Ansteckung von Hepatitis B an ein nicht informiertes Opfer nur als Fall von Art. 231 StGB, nicht aber als schwere Körperverletzung beurteilt hatte; vgl. Urteil Kassationshof Neuenburg vom 5. 9. 2005 (Urteil G 019).

⁶ Wegen Art. 231 StGB erfolgten insgesamt zwischen 1986 und 1989 fünf Urteile, zwischen 1990 und 1994 10 Urteile, zwischen 1995 und 1999 17 Urteile, zwischen 2000 und 2004 24 Urteile und in den Jahren 2005 und 2006 zusammen 19 Urteile. Siehe http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/strafatzen/delikte_im_einzeln.html (Zugriff am 1.2.2009).

Die strafrechtliche Beurteilung von HIV/Aids ist offensichtlich primär ein Thema für Gerichte in städtischen Gebieten; Von den 24 erhobenen Urteilen erster Instanz erfolgten 11 Urteile von Gerichten in städtischen Gebieten und sechs Urteile von Gerichte in städtisch geprägter Agglomeration. Nur sieben Urteile erfolgten von Gerichten in eher ländlichem Einzugsgebiet.

2.2. Täterprofil/Opferprofil und Kontaktkonstellationen

Während im Hinblick auf die qualitativ dogmatisch-normative Auswertung der Urteile solche Mehrfachbeurteilungen nicht von Relevanz sind, müssen die Doppel- und Mehrfachzählungen mit Blick auf die quantitativ sachverhaltsbezogene Auswertung bzgl. Täter- und Opferprofil, Wissenskonstellation und Kontaktintensität ausgeschieden werden. Dies konnte mit Hilfe einer genauen Analyse des Sachverhalts der in der Datenbank vorhandenen Urteile erreicht werden.

In sieben Fällen finden sich zum selben Sachverhalt zwei bzw. drei Urteile mehrerer nachgelagerter Instanzen⁷. In zwei weiteren Fällen liegen die rückweisenden Urteile der oberen Instanzen (Bundesgericht oder kantonale Zweitinstanz) und die darauf hin ergehenden neu beurteilenden Entscheide⁸ vor. In einem Fall ergingen gleichzeitig mehrere Urteile der gleichen Instanz bzgl. desselben Täters⁹ und in einem Fall wurden zwei Urteilsauszüge aus demselben Urteil je einzeln in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts veröffentlicht¹⁰.

So stellen sich in den Urteilen insg. 39 Sachverhalte und Täter-Opferattribute und –konstellationen dar, die aus den Urteilen in unterschiedlicher Detaillierung herausgefiltert werden konnten.

Bzgl. des Geschlechts fanden sich bei den Angeschuldigten 32 Männer und 7 Frauen. Als Opfer bzw. Privatkläger wurden insg. 37 Männer und 32 Frauen in die insgesamt 39 Verfahren involviert, in zwei Fällen waren keine Opfer am Verfahren beteiligt.

Tabelle 3: Geschlecht von Opfern (n=68) und Angeschuldigten (n=39) in den 39 Verfahren

	Männer	Frauen	Total
Angeschuldigte	32 (82,1 %)	7 (17,9%)	39 (100%)
Opfer	37 (54,4%)	31 (45,6%)	68 (100%)

Quelle: Eigene Datenbank Projekt strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen

⁷ Vgl. Urteilsübersicht S. 111: a) BGE 134 IV 193 (Fallvignette A 006, S. 111, Obergericht Zürich vom 28.3.2007 (Urteil G 012), Bezirksgericht Zürich vom 27.3.2006 (Urteil H 014); b) Bundesgericht vom 27.10.2004 (Fallvignette B 002), S. 119, Obergericht Zürich vom 23.6.2003 (Urteil G 011); c) Bundesgericht vom 11.7.2006 (Urteile B 005), Strafgericht Bezirk Lausanne vom 5.10.2005 (Urteil H 015) d) Bundesgericht vom 21.12.2006 (Fallvignette B 006), Obergericht Zürich vom 31.5.2006 (Urteil G 007); e) Obergericht Aargau vom 20.1.1994 (Urteil G 001), Bezirksgericht Muri vom 26.1.1993 (Urteil H 017); f) Kassationshof Waadt vom 23.5.2005 (Urteil G 013), Strafgericht Lausanne vom 20.10.2004 (Urteil H 012); g) Kassationshof Waadt vom 21.8.2006 (G 014), Strafgericht Lausanne vom 29.3.2006 (H 016).

⁸ Vgl. Urteilsübersicht S. 111: a) BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119) und Bundesgericht vom 11.1.2006 (Urteil B 004, S. 119); b) Kassationshof Waadt vom 26.10.1998 (Urteil G 017) und Strafgericht Vevey vom 4.4.2000 (Urteil H 001).

⁹ Vgl. Urteile Bezirksgericht Rheinfelden vom 18. 2. 2004 (Urteil H 007 und Urteil H 008).

¹⁰ Vgl. BGE 125 IV 243 (Fallvignette A 003, S. 124) und BGE 125 IV 255 (Fallvignette A 004, S. 126).

Hinsichtlich der Nationalität der Opfer fehlen die Angaben meist, weshalb insoweit keine stichhaltigen Angaben möglich sind. Auf der Angeschuldigtenseite waren von 27 Personen, deren Staatsangehörigkeit aus den Urteilen eindeutig ersichtlich ist, 18 ausländischer Staatsangehörigkeit, davon 11 Personen aus Afrika, neun der Angeschuldigten stammen aus der Schweiz.

Tabelle 4: Staatsangehörigkeit der Angeschuldigten (n=39)

	Anzahl	Prozent (gerundet)
Schweiz	9	23.077 (23)
Afrikanische Staaten	11	28.205 (28)
Europäische Staaten	4	10.257 (10.5)
USA	1	2.564 (2.5)
Asien und naher Osten	2	5.128 (5)
Nicht bekannt	12	30.769 (31)
Total	39	100 (100)

Quelle: Eigene Datenbank Projekt strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen

In 36 der 39 Fälle geht es um die Übertragung von HIV durch sexuelle Kontakte. Nur in drei Fällen handelt es sich um andere Straftaten im Zusammenhang mit HIV¹¹. Die entsprechenden Sexualkontakte, die Gegenstand der strafrechtlichen Beurteilung im Zusammenhang mit HIV wurden, haben zum überwiegenden Teil freiwillig stattgefunden; nur in drei der 36 Konstellationen kam es zu Vergewaltigungen und anderen sexuellen Übergriffen.

In 31 Fällen geht es um die (versuchte) Übertragungen im Rahmen von heterosexuellen Beziehungen, in fünf Fällen handelt es sich um die Ansteckung innerhalb homosexueller Kontakte. Damit zeigt sich, dass die strafrechtlichen Verfahren im Zusammenhang mit HIV insbesondere heterosexuelle Kontakte zum Gegenstand haben.

Tabelle 5: Täter-Opfer-Konstellationen (n=39)

	Häufigkeit
Heterosexuelle Kontakte	31
Homosexuelle Kontakte	5
Andere Konstellationen	3
Gesamt	39

Quelle: Eigene Datenbank Projekt strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen

¹¹ So geht es in BGE 120 IV 313 (Fallvignette A 002, S. 128) um die Verletzung des Medizingheimnisses eines Arztes durch die Weitergabe der Information, ein Patient sei HIV-positiv; im Bundesgerichtsentscheid vom 7. 3. 2000 (Urteil B 001) geht es um HIV-infizierte Blutkonserven in den Rotkreuzlabors und im Urteil des Obergerichts Basel-Landschaft vom 7.6.1994 (Urteil G 002) geht es um die Übertragung von HIV durch einen Biss.

Die Täter-Opfer- und Situationskonstellationen der 39 Fälle lassen sich insbesondere nach der Art der Beziehung und der Wissenskonstellation unterscheiden. Die vorliegenden Fälle sollen hier insoweit nach den Fallkonstellationen der Aids-Hilfe Schweiz¹² differenziert werden.

Diese unterscheidet folgenden Cluster:

Situation 1: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus nicht und hat mit dem Partner bzw. der Partnerin geschützte oder ungeschützte Kontakte.

Situation 2: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, Partner/Partnerin wird informiert und es finden geschützte Sexualkontakte statt.

Situation 3: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, Partner/Partnerin wird nicht informiert und es finden geschützte Sexualkontakte statt.

Variante 3a: ...mit Kondomversagen.

Situation 4: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, Partner/Partnerin wird informiert und es finden ungeschützte Sexualkontakte statt.

Situation 5: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, Partner/Partnerin wird nicht informiert und es finden ungeschützte Sexualkontakte statt.

Variante 5 a: in einer festen Beziehung, ungeschützte Kontakte werden nach Kenntnisnahme des Serostatus ohne Information des Partners fortgesetzt.

Variante 5 b: mit einer neuen Partnerin/einem neuen Partner unter Falschangabe auf Nachfrage, ob der Serostatus positiv sei.

Variante 5 c: mit einer neuen Partnerin/einem neuen Partner, ohne dass der Serostatus Thema ist.

Situation 6: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, steht in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Partnerin/zum Partner und informiert diesen nicht über den positiven Serostatus, verlangt aber den Gebrauch eines Kondoms, während der Partner auf ungeschützten Verkehr besteht.

Situation 7: HIV-negative Person steht in einem Abhängigkeitsverhältnis zur HIV-positiven Person. Jene nützt dies sexuell aus, und infiziert Sexualpartner willentlich oder nimmt dies in Kauf.

Situation 8: Absichtliche Injektion von Blut mit HI-Viren.

Situation 9: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus und beisst das Opfer.

¹² AIDS-HILFE SCHWEIZ, S. 2 ff.

Situation 10: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus und vergewaltigt das Opfer.

Situationen 11-18¹³, Strafbarkeit von Drittpersonen

Diese Unterscheidungen dienten der Aids-Hilfe Schweiz bislang für die Differenzierung hinsichtlich rechtlicher Überlegungen, ihrer Positionierung und der Beratung. Mit dem Ziel, Empfehlungen für die Überarbeitung jenes Positionspapier im Lichte der aktuellen Rechtsprechung zu generieren, wurden die vorhandenen einschlägigen Urteile auf die entsprechenden Situationen hin ausgewertet und es wurde abgeklärt, ob weitere Situationsmuster Eingang in die Rechtsprechung gefunden haben:

In der ausgewerteten Rechtsprechung sind fünf zusätzliche Situationscluster sichtbar:

- Als **Situation 0** die Konstellation, dass die Person fälschlicherweise von einem positiven Serostatus ausgeht¹⁴.
- Als **Situation 1 Variante a** die Situation, dass die HIV-positive Person ihren Serostatus nicht kennt, aber kennen könnte¹⁵.
- als **Situation 3 Variante b** die Beschränkung auf Oralverkehr oder andere nach den Safer Sex-Regeln erlaubten Risiken nach Kenntnis des positiven Serostatus, ohne den Partner über diesen zu informieren¹⁶
- als **Situation 3 Variante c** die ungeschützten sexuellen Kontakte ohne Information des Partners unter Einhaltung einer effektiven Antiretroviraltherapie mit Wirkung massiv gesenkter Viruslast¹⁷.
- als **Situation 5 Variante a2**, der Fall, bei dem nach Kenntnisnahme des positiven Serostatus in einer festen Beziehung die ungeschützten Kontakte fortgesetzt werden, unter aktiver Verleugnung des Serostatus gegenüber dem Partner oder der Partnerin¹⁸.

Bzgl. der Häufigkeit der Situationen in der ausgewerteten schweizerischen Rechtsprechung ergibt sich untenstehendes Bild: Dabei ist zu berücksichtigen, dass in 11 Fällen in den Urteilen zwei verschiedene Situationskonstellationen zur Darstellung gelangen, in einem Urteil kommen drei Konstellationen zur Darstellung. Sachverhalte, die bzgl. Beziehungsart und Wissensumfang in einem Urteil gleichartig hinsichtlich verschiedener Opfer waren, werden hier pro Urteil nur als eine Konstellation betrachtet. Es geht in dieser statistischen Betrachtung darum, wie oft in der Rechtsprechung die von der Aids-Hilfe

¹³ Im Positionspapier sind darunter die Strafbarkeit von Drogensüchtigen beim Spritzentausch (Situation 11), die Strafbarkeit der Ärztin bzw. einer beratenden Person wegen mangelnder Information (Situationen 12 und 13), die Strafbarkeit des Arztes wegen Nichteinhaltung der Hygienevorschriften (Situation 14), die Strafbarkeit des Zuhälters, der eine Sexworkerin zu ungeschütztem Sex zwingt (Situation 15), die Strafbarkeit der Laborleitung für Blutkonserven mit HI-Viren (Situation 16), die Strafbarkeit einer Anstaltsleitung, wenn zwischen Insassen eine HIV-Übertragung erfolgt (Situation 17) und die Strafbarkeit von Verantwortlichen für Swinger-Clubs etc., wenn es zwischen Teilnehmenden zu ungeschütztem Sex kommt (Situation 18) genannt.

¹⁴ Im konkreten Fall hatte der Betroffene die Partner informiert und ungeschützte Kontakte gehabt, vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 27. 10. 2004, siehe hinten, A005 (B002)BGE 131 IV 1 - Urteil vom 27.10.04, S. 119.

¹⁵ Vgl. BGE 134 IV 193 (Fallvignette A 006, S. 111)

¹⁶ Vgl. Urteil des Kreisgerichts Konolfingen vom 5.12.2007 (Fallvignette H 019, S. 114.; Urteil des Strafgerichts Bezirk La Broye und Nord-Waadts vom 20.4.2004 (Fallvignette H 009, S. 130).

¹⁷ Zu den einzelnen Voraussetzungen siehe VERNAZZA ET. AL., S. 163 f.; erste Anzeichen der Aufnahme der neuen Erkenntnisse in die Rechtsprechung im Urteil des Strafgerichts Genf vom 13. 1. 2009 (Urteil H 022); schriftliche Begründung ausstehend und im Fall H 021 (Urteil derzeit hängig beim Cour de Justice Genf).

¹⁸ Vgl. BGE 125 IV 242 (Fallvignette A 003, S.124).

Schweiz gewählten Situationsmuster Relevanz finden und inwieweit Verurteilungen oder Freisprüche vorkamen¹⁹.

Insgesamt zeigen sich folglich mit Bezug auf die Situationendifferenzierung der Aids-Hilfe Schweiz und unter Zufügung darin nicht enthaltener Konstellationen in den 39 Urteilen 51 entsprechende Konstellationen. Angefügt ist in der nachfolgenden Tabelle, ob und inwieweit es in den jeweiligen Konstellationen zu Verurteilungen bzw. Freisprüchen kam.

Tabelle 6: Täter-Opfer- und Situationskonstellationen (n=51)

	Verurteilungen	Freisprüche bzw. Nichtverurteilung
Situation 0 Person geht fälschlicherweise von einem positiven Serostatus aus, ungeschützte Kontakte mit oder ohne Information Partner.	1 ²⁰	0
Situation 1 Serostatus nicht bekannt, geschützte oder ungeschützte Kontakte	0	0
<i>Variante 1a: Serostatus nicht bekannt, könnte aber bekannt sein, ungeschützte Kontakte</i>	1 ²¹	
Situation 2 Serostatus bekannt, Information Partner, geschützte Kontakte	0	0
Situation 3 Serostatus bekannt, Nichtinformation Partner, geschützte Kontakte (Kondom)...	0	0
<i>...mit Kondomversagen (Variante 3a)</i>	0	1 ²²
<i>...nur noch sexuelle Kontakte im Rahmen erlaubter Risiken gemäss Safer Sex-Regeln²³ (Variante 3b)</i>	0	2 ²⁴
<i>...ungeschützten sexuellen Kontakte ohne Information des Partners unter Einhaltung der effektiven Antiretroviraltherapie mit Wirkung massiv gesenkter Viruslast (Variante 3c)</i>	1 ²⁵	1 ²⁶
Situation 4 Serostatus bekannt, Information Partner, ungeschützte Kontakte	8 ²⁷	
Situation 5 HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, und es finden ungeschützte Sexualkontakte statt		
- Variante 5a ...in vorbestehender langer Beziehung, Nichtinformation des Partners/der Partnerin	6	0
- Variante 5a2 ...in vorbestehender enger Beziehung, unter Verleugnung Serostatus	1	0
- Variante 5b ...in neuer oder wieder aufgenommenen sexueller Beziehung, unter aktiver Verleugnung Serostatus	7	0
- Variante 5c ...in neuer oder wieder aufgenommenen Beziehung, ohne	14	0

¹⁹ Eine detaillierte Aufstellung der Zuordnung der Urteile zu den Situationsclustern der Aids-Hilfe Schweiz siehe S. 20.

²⁰ Vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 27.10.2004 (Fallvignette B 003/G011, S. 121).

²¹ Vorinstanz mit Freispruch; vgl. BGE 134 IV 193 (Urteil A 006), Vorinstanz Obergericht Zürich vom 28.3.2007 (Urteil G 012)-

²² Es erfolgte im Fall Verurteilung, aber nicht wegen dieser Konstellation, vgl. Urteil des Bezirksgerichts Bischofszell vom 14. 6. 1996 (Urteil H 006).

²³ Vgl. die zusammengefasste Darstellung beim Bundesamt für Gesundheit unter http://www.bag.admin.ch/hiv_aids/00826/01047/index.html?lang=de (Zugriff: 16.2.2009); für eine detailliertere Darstellung bei der Aids-Hilfe Schweiz siehe http://www.aids.ch/d/information/hiv_aids/schutz.php (Zugriff: 15.2.2009).

²⁴ Vgl. Urteil des Strafgerichts des Bezirks la Broye/Nord-Waadt vom 20.4.2004 (Urteil H 009); Urteil des Kreisgerichts Konolfingen vom 5.12.2007 (Fallvignette H 019), S. 114.

²⁵ Vgl. Fall H 021: Verurteilung in erster Instanz; Urteil zweiter Instanz noch offen.

²⁶ Vgl. Urteil Strafgericht Genf vom 13.1.2009 (Urteil H 022); Teilfreispruch für die Periode, in der die Angeschuldigte eine Tritherapie machte.

²⁷ Seit BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119) erfolgt, wo einzig diese Konstellation in Frage steht, keine Verurteilung mehr wegen versuchter schwerer Körperverletzung, aber noch immer für Verbreiten einer gefährlichen Krankheit nach Art. 231 StGB. Siehe auch Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 15.3.2006 (Fallvignette H 020, S. 116), wo das Verfahren wegen Verletzung von Art. 122 StGB bereits im Verfahrensstadium eingestellt wurde.

das Serostatus thematisiert wird ²⁸		
Genaue Zuordnung nicht möglich	1	1 ²⁹
Situation 6 Serostatus bekannt, Nichtinformation Partner aus Abhängigkeit, ungeschützter Kontakt aus Willen Partner	0 ³⁰	0
Situation 7 Serostatus bekannt, Nichtinformation des abhängigen Partners, Ansteckung	1	
Situationen 8-10 Serostatus bekannt, Gewaltanwendung bei Gefährdung/Übertragung	1 ³¹	2 ³²
Situationen 11-18 Strafbarkeit von Drittpersonen bei Übertragung HIV	1	1 ³³

Quelle: Eigene Datenbank Projekt strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen

Die Statistik zeigt, dass im überwiegenden Masse Sachverhalte zur gerichtlichen Beurteilung gelangen, bei denen es unter serodifferenten Paaren zu ungeschützten sexuelle Handlungen in neuen Partnerschaften kommt und die seronegativen Partner vom Serostatus nichts wissen (Situation 5c). Eine zweite häufige Konstellation ist jene, bei der in neuen Partnerschaften über den Serostatus auf entsprechende Nachfrage hin nicht wahrheitsgemäss Auskunft gegeben wird (Situation 5b). Eine dritte gehäuft vorkommende Konstellation ist die, dass in langjährigen Partnerschaften nicht über den Serostatus aufgeklärt wird.

Schliesslich kommt es auch häufig zu Verurteilungen, bei denen bei bekanntem Serostatus der Partner aufgeklärt wird und danach im gemeinsamen Wissen ungeschützte Kontakte stattfinden. Hier erfolgt regelmässig eine Verurteilung des seropositiven Partners wegen der Verletzung von Art. 231 StGB, seit 2004 aber nicht mehr wegen (versuchter) schwerer Körperverletzung³⁴.

Alle anderen Fallkonstellationen kommen in der ausgewerteten Schweizer Rechtsprechung selten vor, verdienen aber in dogmatischer Hinsicht, mit Bezug auf kriminalpolitische Fragen und für die Beratung von Menschen, die von HIV betroffen sind, trotzdem Beachtung.

2.3. Sanktionierung und Strafmass

In den 39 Sachverhaltskonstellationen im Zusammenhang mit HIV/Aids kam es in 26 Fällen zu einer Verurteilung, bzw. vor Bundesgericht zu einer Ablehnung einer Nichtigkeitsbeschwerde. In zwei Konstellationen betreffen die höchstinstanzlichen für diese Auswertung vorliegenden Urteile Rückweisun-

²⁸ In vielen Fällen sind insoweit die Aussagen der Beteiligten widersprüchlich. Im Beweisergebnis wurde die Frage, ob eine aktive Leugnung oder eine Nichtinformation vorlag, soweit ersichtlich, als nicht relevant erachtet. Für die Einteilung in dieser Aufstellung wurde das Beweisergebnis der Gerichte zugrunde gelegt.

²⁹ Aufhebung des Urteils, weil Übertragungsort u.U. Sri Lanka und somit die Anwendbarkeit des Schweizerischen Rechts unklar, vgl. Urteil Kassationshof Kantonsgericht Freiburg vom 19. 6. 1998 (Fallvignette G 018, S. 127).

³⁰ Aus gerichtlich beurteilten Sachverhalten ist nirgends eine solche Konstellation eindeutig vorliegend. Entsprechende Situation dürfte schwierig beweisbar sein.

³¹ Vgl. Urteil Strafgericht Distrikt Lausanne vom 25.10.2000 (Urteil H 010); HIV-Übertragung in Verbindung mit Vergewaltigung in der Ehe.

³² Vgl. Urteil Obergericht Basel-Landschaft vom 7.6.1994 (Urteil G 002): Teilfreispruch für versuchte schwere Körperverletzung nach Art. 122 StGB und versuchtes Verbreiten einer gefährlichen Krankheit nach Art. 231 StGB durch Biss.

³³ Vgl. BGE 120 IV 313 (Fallvignette A 002, S. 128): Verletzung des Medizingeheimnisses eines Arztes.

³⁴ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119).

gen zur Neuurteilung an die Vorinstanzen³⁵. In fünf Fällen kam es zu Verurteilungen verbunden mit Teilfreisprüchen bzw. Teileinstellungen bzgl. hier relevanter Vorwürfe³⁶.

In sechs Fällen erfolgten vollständige Freisprüche bzw. Nichtverurteilungen bzgl. der Übertragung von HIV. Dabei erfolgte der Freispruch in zwei Fällen aufgrund der Einhaltung der Safer-Sex-Regeln, in einem Fall geht es um einen Rechtsirrtum hinsichtlich des Medizinalgeheimnisses, in einem anderen Fall war der Betroffene nicht zurechnungsfähig, in einem Weiteren ist die Anwendbarkeit des Schweizerischen Rechts nicht gegeben und in einem Fall schliesslich waren die Delikte verjährt³⁷.

Tabelle 7: Verurteilungsrates im Zusammenhang mit HIV (n=39)

	Häufigkeit
Verurteilungen	25
Verurteilungen mit Teilfreispruch bzw. Einstellung	5
Freispruch bzw. Aufhebung	6
Rückweisungen zur Neuurteilung	2
Urteil noch offen	1
Gesamt	39

Quelle: Eigene Datenbank Projekt strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen

Aus der obigen Tabelle lässt sich entnehmen, dass in 31 begutachteten Urteilen Verurteilungen bzw. Teilurteilungen im Zusammenhang mit HIV/Aids erfolgten. Für die Frage der Tatbestände bei den Verurteilungen wurden auch die Rückweisungsurteile des Bundesgerichts miteinbezogen³⁸.

Besonders interessant ist insoweit die Frage, ob und inwieweit entsprechend der herrschenden bundesgerichtlichen Praxis Verurteilungen nach Art. 122 StGB für schwere Körperverletzung und Art. 231 StGB, für das Verbreiten einer gefährlichen Krankheit erfolgen.

Tabelle 8: Tatbestände bei Verurteilungen wegen HIV/Aids (n=33)

	Anzahl Fälle
Art. 122 und 231 StGB	6

³⁵ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119): teilweise Rückweisung zur Neuurteilung; BGE 134 IV 193 (Fallvignette A 006), S. 111.

³⁶ BGE 125 IV 255 (Fallvignette Urteil A 003/A 004, S. 126): HIV-Ansteckung ist keine (versuchte) Tötung; Urteil Obergericht Basel-Landschaft vom 7.6.1994 (Urteil G 002): Teilfreispruch für versuchte schwere Körperverletzung nach Art. 122 StGB und versuchtes Verbreiten einer gefährlichen Krankheit nach Art. 231 StGB durch Biss; Urteil Kreisgericht Bern-Laupen vom 11.12.2001 (Urteil H 018): Teilfreispruch bzgl. Art. 231 StGB wegen Verjährung; Urteil Bezirksgericht Zürich vom 15.3.2006 (Urteil H 020): Einstellung bzgl. schwerer Körperverletzung wegen Konsensualekontakt; Urteil des Strafgerichts Genf vom 13.1.2009 (Urteil H 022): Teilfreispruch für ungeschützte, nichtinformierte Sexualkontakte unter wirksamer Antiretroviraltherapie.

³⁷ Vgl. BGE 120 IV 313 (Fallvignette A 002, S. 128): Rechtsirrtum über Medizinalgeheimnis; Urteil des Strafgerichts des Distrikt la Broye/Nord-Waadts vom 20.4.2004 (Urteil H 009): Safer-Sex-Regeln eingehalten; Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7.7.2005 (Urteil H 013): Unzurechnungsfähigkeit; Urteil des Kreisgerichts Konolfingen vom 5.12.2007 (Fallvignette H 019, S. 114): Safer-Sex-Regeln eingehalten; Urteil des Strafgerichts Bezirk Vevey vom 4.4.2000 (Urteil H 001): Verjährung (nachdem zuvor die obere Instanz das erste Urteil zur Neuurteilung zurückgewiesen hatte, vgl. Urteil Kassationshof Kanton Waadt (Urteil G 017); Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 19.6.1998 (Urteil G 018): Anwendbarkeit CH-StGB nicht gegeben.

³⁸ BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119) und BGE 134 IV 193 (Fallvignette A 006, S. 111).

Art. 122 und Art. 231 StGB i.V.m. Art. 22 StGB (Versuch)	17
Art. 123 und Art. 231 StGB i.V.m. Art. 22 StGB (Versuch)	1
Art. 122 und Art. 231 StGB i.V.m. Art. 23 aStGB (untaugl. Versuch)	2
Art. 123 i.V. mit Art. 22 StGB, Art. 125, und Art. 231 StGB	1 ³⁹
Art. 125 und Art. 231 Ziff. 2 StGB (Fahrlässigkeit)	1
Art. 122 StGB	1 ⁴⁰
Art. 122 i.V.m. Art. 22 StGB	0
Art. 127 StGB	1
Art. 231 StGB	1
Art. 231 i.V.m. Art. 22 StGB	2

Quelle: Eigene Datenbank Projekt strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen

Die obige Darstellung zeigt, dass in mehr als der Hälfte der Verurteilungen keine HIV-Ansteckung erfolgte, bzw. rechtsgenüchlich bewiesen werden konnte und darum nur eine versuchsweise Tatbestandserfüllung in Frage kam.

Die drei Urteile, die nur wegen (u. U. versuchter) Verletzung von Art. 231 StGB ergingen⁴¹, betreffen allesamt die Konstellation des informierten, ungeschützten Sexualkontaktes von HIV-positiven mit HIV-negativen Partnern.

Für eine Vergleichbarkeit des Strafmasses können und sollen nur diejenigen Urteile herangezogen werden, bei denen ausschliesslich die Frage der Ansteckung mit HIV im Vordergrund steht (oder andere Delikte nur Bagatelcharakter aufweisen). Insoweit ist natürlich ebenfalls wesentlich, dass die tat- und täterbezogenen Strafzumessungselemente erheblich differieren können, weshalb insoweit eine Vergleichbarkeit nur sehr beschränkt möglich ist. Immerhin soll aber im Folgenden die Spannbreite des Strafmasses, besondere Nebensanktionen und die Frage der zeitlichen Entwicklung kurz betrachtet werden:

In den Fällen, in denen eine **Verurteilung für die Erfüllung von Art. 122 StGB und Art. 231 StGB** erfolgte, betrug das Strafmass von zwei bis zu vier Jahren Freiheitsstrafe⁴². Ersteres Urteil erging neustens für ungeschützte Kontakte in einer langjährigen Beziehung ohne Information des Partners⁴³; letzteres erging 1990 für eine ungeschützte nicht informierte Ansteckung, also ganz zu Beginn des Diskurses um HIV/Aids. Aber auch in aktuellen Urteilen sind bei Ansteckungen empfindliche Strafen ausgesprochen worden, so eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und fünf Monaten für eine einfache Tatbegehung, die noch verbunden war mit der Verurteilung wegen Nötigung und Tätlichkeit⁴⁴.

³⁹ Vgl. Urteil Obergericht Kanton Zürich vom 29.10.2001 (Urteil G 005).

⁴⁰ Keine Verurteilung wegen Art. 231 StGB in diesem Fall wegen Verjährung; vgl. Urteil des Kreisgerichts Bern-Laupen vom 11.12.2001 (Urteil H 018).

⁴¹ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119); Urteil Bezirksgericht Val-de-Travers vom 13.6.2005 (Urteil H 003); Urteil Bezirksgericht Zürich vom 15.3.2007 (Urteil H 020).

⁴² BGE 116 IV 125 (Fallvignette A 001), S. 128.

⁴³ Urteil Strafgericht Genf vom 13.1.2009 (Urteil H 022).

⁴⁴ Urteil Obergericht Zürich; in NZZ vom 1./2.11.2008 (Urteil G 020).

Genugtuungssummen an das Opfer variieren stark und sind gerade in dieser Kategorie vereinzelt zu finden. Die Höchstsumme liegt bei CHF 80'000 in einem bestätigenden Urteil des Bundesgerichts von 1999⁴⁵.

Die HIV-Ansteckung wird hinsichtlich der Körperverletzung in einem Fall als einfache Körperverletzung gewertet, wobei im vorliegenden oberinstanzlichen Kassationsentscheid darauf verwiesen wird, dass insoweit auch eine Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung möglich gewesen wäre⁴⁶.

Wie dargestellt, sind die **Art. 231 StGB und Art. 122 StGB in der grossen Mehrzahl der Fälle in Form des Versuches** (Art. 22 Abs. 1 StGB) erfüllt; es kam folglich nicht zu einer Ansteckung oder es fehlt am Kausalnexus einer Ansteckung zum Verhalten des Angeschuldigten. In diesen Fällen variiert das Strafmass zwischen den Urteilen, je nach schuldrelevanten Begleitumständen stark: Während im Schnitt Urteile von ca. 18 Monaten bis zwei Jahre ausgesprochen werden, finden sich nach unten einzelne Ausreisser erster Instanzen mit 10 oder 12 Monaten bedingter Strafe⁴⁷. Diesen beiden Fällen ist gemeinsam, dass es um ungeschützte Kontakte unter Verheimlichung des positiven Serostatus innerhalb einer festen Partnerschaft ging, einmal einer homo- und einmal einer heterosexuellen. Nach oben geht die Strafmassspanne bis 2 ¾ oder 3 Jahren bei erschwerenden Umständen, wie weiteren erheblichen Straftaten⁴⁸ oder dem Fall, bei dem die Straftat einen Rückfall im strafrechtstechnischen Sinne gemäss der früheren Fassung des StGB darstellt⁴⁹. Bzgl. der Massnahmen werden teilweise ambulante Massnahmen nach Art. 63 StGB (alt. Art. 43 StGB) ausgesprochen, teilweise wurde dabei die Strafe aufgeschoben⁵⁰.

In den beiden Fällen, in denen **Verurteilungen wegen untauglichem Versuch zu Art. 122 StGB und zu Art. 231 StGB** vorliegen, jeweils weil der Betroffene fälschlicherweise von einer HIV-Infektion ausgegangen war, wurden ebenfalls erhebliche Strafen ausgefällt von 15 Monaten (aufgeschoben für eine stationäre Massnahme wegen der Suchtmittelabhängigkeit des Verurteilten)⁵¹ bzw. 24 Monaten⁵².

In Fällen von „**informed consent**“ ist bei **ungeschütztem Sexualkontakt zwischen seropositiven und seronegativen Personen** seit BGE 131 IV 153 eine Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung ausgeschlossen. In diesen Fällen ist somit nur eine **Verurteilung wegen Verbreiten einer gefährlichen Krankheit nach Art. 231 StGB**, bzw. wegen Versuchs dazu denkbar. Während in einem Fall 2005 insoweit eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bedingt, bei einer Probezeit von fünf Jah-

⁴⁵ BGE 125 IV 242 (Fallvignette A 003/ A 004, S. 124).

⁴⁶ Urteil Kassationsgericht Kanton Waadt vom 9.1.2001, S. 12 (Urteil G 016).

⁴⁷ Urteil Bezirksgericht Frauenfeld vom 2.6.1995 (Urteil H 002); Urteil Bezirksgericht Rheinfelden vom 18.2.2004 (Urteil H 007).

⁴⁸ Zum Beispiel Urteil Obergericht Kanton Zürich vom 13.6.2005 (Urteil G 009).

⁴⁹ So Urteil Obergericht Kanton Zürich vom 30.6.2006 (Urteil G 008).

⁵⁰ So Urteil Obergericht Kanton Zürich vom 30.6.2006 (Urteil G 008).

⁵¹ Urteil Bundesgericht vom 27.10.2004 (Fallvignette B 003/G 011, S. 121).

⁵² Urteil Bezirksgericht Bischofszell vom 15.1.1993 (H 005).

⁵³ Vgl. Fallvignette A005, S. 119.

ren, ausgesprochen wurde⁵⁴, sieht das andere Urteil von 2006 12 Monate bedingt bei einer Probezeit von vier Jahren vor⁵⁵.

Letztgenanntes Urteil des Bezirksgerichts Zürich enthält eine bemerkenswerte Anomalie: Die Verurteilung wegen des versuchten Verbreitens einer gefährlichen Krankheit (Art. 231 StGB i.V.m. Art. 22 StGB) wird ergänzt um Auflagen wie der Informationspflicht gegenüber Personen, mit denen sexuelle Kontakte aufgenommen werden, und um eine Meldepflicht sämtlicher Personen, mit denen sexuelle Kontakte gepflegt werden⁵⁶.

⁵⁴ Urteil Bezirksgericht Val-de-Travers vom 13.6.2005 (Urteil H 004).

⁵⁵ Urteil Bezirksgericht Zürich vom 15.3.2006 (Fallvignette H 020, S. 116).

⁵⁶ Urteil Bezirksgericht Zürich vom 15.3.2006 (Fallvignette H 020, S.116).

III. Dogmatisch fundierte Auswertung der Strafurteile

1. Allgemeines

In der Lehre ist die strafrechtliche Beurteilung der Ansteckung mit dem HI-Virus durch sexuelle Kontakte umstritten. Grund dafür sind im Vergleich zu anderen Krankheiten eine Reihe von Spezifitäten und Spannungsfelder bzgl. der strafrechtlichen Unrechtszuschreibung:

Der positive Serostatus gilt als unheilbar, es gibt auch keinerlei Impfschutz. Diese in der Zwischenzeit bereits historische Beurteilung von HIV-Erkrankungen trifft zusammen mit einer medizinischen Entwicklung, welche die Behandlungsmöglichkeiten von HIV erheblich verbessern liess, so namentlich durch die Kombinationstherapien⁵⁷. Die dabei eingesetzten Medikamente erlauben es, den Verlauf der Krankheit auch für sehr lange Zeitdauer günstig zu beeinflussen und einen Ausbruch vom Aids weit hinaus zu zögern. Das macht die Vorsatz- und die Kausalitätsproblematik virulent, zumal oft real mehrere Ansteckungsquellen in Frage kommen. Auch ist die Diagnose erschwert, zumal Reaktionen in der Regel erst nach einer Latenzzeit von drei Monaten auftauchen, nur mehrere Tests sichere Aussagen erlauben und mitunter auch mehrere Jahre keinerlei Symptome sichtbar sein können. Ein weiteres Spannungsfeld bzgl. der Zuschreibung strafrechtlichen Unrechts liegt darin, dass die Ansteckungswahrscheinlichkeit, z.B. bei normalem heterosexuellem Geschlechtsverkehr, sehr gering ist. Zudem es den Sexualpartnern/innen grundsätzlich mit relativ wenig Mitteln möglich, sich vor einer Übertragung des HI-Virus zu schützen⁵⁸.

Fragen der Kausalität, des Vorsatzes, der Einwilligung bzw. der Opfermitverantwortung und des erlaubten Risikos stehen dogmatisch im Vordergrund. Der dogmatische Umgang mit diesen Fragen wird sowohl hinsichtlich der schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) wie auch des Verbreitens einer gefährlichen Krankheit (Art. 231 StGB) ist insoweit im Folgenden genauer zu beleuchten. Soweit beide Tatbestände erfüllt sind, so besteht zwischen ihnen echte Konkurrenz, weil unterschiedliche Rechtsgüter betroffen sind, im ersten Fall das Individualrechtsgut der körperlichen Integrität, im zweiten Fall das Allgemeinrechtsgut der öffentlichen Gesundheit⁵⁹. Entsprechend ist die Strafe beim Zusammenfallen der Tatbestände gemäss Art. 49 StGB zu schärfen.

Hinsichtlich der Wirkung von Strafrecht ist sich die herrschende Strafrechtslehre mit den Präventionsfachleuten einig, dass mittels des Strafrechts präventive Verhaltensformen tatsächlich kaum gefördert werden können, bzw. dass der strafrechtliche Umgang mit HIV über die Stigmatisierung der Betroffenen und die damit verbundenen Folgen eher kontraproduktive Effekte hinsichtlich der Prävention vor HIV erzeugt bzw. erzeugen kann⁶⁰.

Während die Medizin vor dem Hintergrund der Behandelbarkeit HIV/Aids heute kaum mehr anders behandelt als eine andere chronische Krankheit, stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Straf-

⁵⁷ HAART, Highly Active Anti-Retroviral Therapy.

⁵⁸ Ähnlich TRECHSEL/FINGERHUTH, S. 1005 f.

⁵⁹ Statt aller BGE 116 IV 125, 134.

⁶⁰ So TRECHSEL/FINGERHUTH, S. 1006; JENNY, S. 642; GUILLOZ, 130; KUNZ, S. 41; HÜBNER, 46; HAUSSER, S. 53; HEGETSCHWILER, S. 300; MÜLLER, S. 915 ff.; anders aber HUBER, S. 113

rechtspraxis diese Entwicklung der Beurteilung vom Ausnahmenphänomen HIV/Aids hin zu einem normalen Umgang im Sinne der Normalisierung⁶¹ vollzogen hat. In einem letzten Teil der dogmatischen Analyse wird untersucht, ob diese Erkenntnisse in die Schweizerische Rechtsprechung eingeflossen sind.

2. HIV-Übertragung als Delikt gegen Leib und Leben

2.1. HIV und der Schutz körperlicher Integrität

Der Schutz der körperlichen Integrität, der Gesundheit und des Lebens vor Verhaltensweisen, die diese Güter beeinträchtigen oder gefährden, gehören zum Kernbereich des Strafrechts. Die entsprechenden Normen bilden den Ausgangspunkt und die wesentliche Grundlage der strafrechtlichen Diskussion von HIV/Aids. Die Tötungsdelikte können wir dabei freilich – trotz der Auswirkung der AIDS-Erkrankung auf das Rechtsgut Leben – bereits an dieser Stelle ausscheiden:

Das Bundesgericht hat 1999 in BGE 125 IV 255 geklärt, dass *Tötungstatbestände* im Falle einer Infizierung mit dem HI-Virus nicht in Frage kommen. Der Tod sei zwar eine sehr wahrscheinliche Folge im Falle einer Infizierung, er trete aber erst viele Jahre nach dem ungeschützten Geschlechtsakt ein, weshalb er eher als unglückliches Geschehen erscheine, welches nicht genügend direkt mit dem ungeschützten Geschlechtsakt zusammenhänge, um im Falle der eventualvorsätzlichen Ansteckung auf eine eventualvorsätzliche Tötung zu schliessen. Offen gelassen wird die Beurteilung der Fälle, in denen der Täter jemanden direktvorsätzlich mit dem HI-Virus infiziert⁶²

Es bleiben die Körperverletzungsdelikte: Als Zustand einer Gesundheitsschädigung wird üblicherweise ein im Vergleich zum Normalzustand des gesunden Menschen krankhafter Zustand angesehen (wobei ganz geringfügige und vorübergehende krankhafte Zustände ausgeschieden werden). Strafbar ist die Herbeiführung eines solchen krankhaften Zustands dabei nicht nur, wenn sie vorsätzlich, sondern gemäss Art. 125 StGB auch, wenn sie nur fahrlässig geschieht. Die Körperverletzungsdelikte folgen einer Stufenfolge entsprechend der Schwere des Eingriffs: die einfache Körperverletzung ist der Grundtatbestand (Art. 123 StGB), die Tätlichkeit (Art. 126 StGB) die privilegierte leichtere Form und die schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB) die qualifizierte schwere Form der Beeinträchtigung des Rechtsgutes der körperlichen Integrität.

2.2. HIV-Infektion als schwere Körperverletzung?

Nach der bundesgerichtlichen Praxis⁶³ erfüllt die Übertragung des HI-Virus durch ungeschützten GV den objektiven Tatbestand der **schweren Körperverletzung**. Auch der symptomlose positive Sero-status gilt in ständiger Rechtsprechung als Krankheit im Sinne der Art. 122 ff. StGB⁶⁴.

⁶¹ Vgl. ROSENBROCK, S. 9 f.

⁶² Vgl. BGE 125 IV 259. Siehe auch Fallvignette A 004, S. 126.

⁶³ Vgl. BGE 116 IV 125 (Fallvignette A 001, S.128); ; BGE 125 IV 242 (Fallvignette A 003, S. 124); BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S.119); Urteil BGer 6S.461/2005 vom 11. 1. 2006.

⁶⁴ Vgl. BGE 116 IV 125, 133 ff. (Fallvignette A 001, S. 128).

Art. 122 StGB „schwere Körperverletzung“ lautet:

Wer vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt,

wer vorsätzlich den Körper, ein wichtiges Organ oder Glied eines Menschen verstümmelt oder ein wichtiges Organ oder Glied unbrauchbar macht, einen Menschen bleibend arbeitsunfähig, gebrechlich oder geisteskrank macht, das Gesicht eines Menschen arg und bleibend entstellt,

wer vorsätzlich eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft.

Die Zuordnung der Übertragung von HIV zur schweren Körperverletzung wurde in der Lehre bereits mehrfach kritisiert⁶⁵. Fraglich ist zunächst, inwieweit damit der objektive Tatbestand der schweren Körperverletzung erfüllt wird. Weiter stellt sich die Frage, ob die dafür notwendige besondere Qualifikation der „lebensgefährlichen Verletzung“ im Sinne von Abs. 1 oder ein anderer Qualifikationsgrund im Sinne von Abs. 2 oder 3 zur Anwendung gelangen.

Vor HIV/Aids hat das Bundesgericht stets die „Lebensgefahr“ im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB als unmittelbare Gefahr bezeichnet, welche die Möglichkeit des Todes „zur ernstlichen und dringlichen Wahrscheinlichkeit“ macht⁶⁶. Gegen die erste Tatbestandsvariante der Lebensgefährlichkeit spricht also insbesondere der grosse Zeitintervall zwischen Ansteckungshandlung, Ansteckung und Krankheitsausbruch. Das Bundesgericht qualifiziert die Ansteckung mit HIV aber seit 1990 unbesehen davon als lebensgefährlich im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB und argumentiert, die Lebensgefahr müsse nicht akut oder zeitlich nahe sein, sondern es genüge, dass die HIV-Infektion auch unter Einsatz der heute möglichen Medikation bei vielen Betroffenen nach ungewisser, relativ langer Zeit zum Ausbruch der Immunschwäche AIDS und anschliessend mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Tode führe. Ob die HIV- Infektion auch als eine andere Schädigung der körperlichen und/oder geistigen Gesundheit gemäss Art. 122 Abs. 3 StGB qualifiziert werden kann, lässt das Bundesgericht offen⁶⁷.

In der Lehre wurde mehrheitlich die „Lebensgefahr“ durch die HIV-Ansteckung verneint⁶⁸. Meist wird aber eine Subsumtion unter Art. 122 StGB bejaht, im Sinne der „bleibenden Nachteile“ gemäss Art. 122 Abs. 2 StGB oder der ergänzenden Generalklausel „andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen.... Gesundheit“ gemäss Art. 122 Abs. 3 StGB⁶⁹. Insoweit würde die Qualifikation als schwere Körperverletzung begründet durch die ständige und erhebliche psychische Belastung für

⁶⁵ Zusammenfassung der Kritik der Lehre siehe ROTH/BERKEMEIER, Art. 122 N 9.

⁶⁶ So BGE 109 IV 18; Fall der Blutung infolge eines Milzrisses.

⁶⁷ So BGE 116 IV 125, 133 (Fallvignette A 001, S. 128); BGE 125 IV 242, 247 (Fallvignette A 003, S.124); BGE 131 IV 3 (Fallvignette A 005, S. 119).

⁶⁸ Neuestens TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 122 N 2; siehe auch ROTH/BERKEMEIER, Art. 122 N 9; STRATENWERTH/JENNY, S. 67 f.; VEST, 1169, JENNY, 641; KUNZ, S 47 f.; billigend aber DONATSCH 42; SCHULTZ 12.

⁶⁹ ROTH/BERKEMEIER, Art. 122 N 9;

den, der um die Krankheit weiss, selbst dann, wenn die Krankheit nicht ausbricht. Die Belastung liegt mitunter auch darin, dass der Betroffene selber riskiert, wegen der Ansteckung einer/eines Dritten verurteilt zu werden⁷⁰.

In der kantonalen Rechtsprechung wurden wegen der medizinischen Fortschritte und der verbesserten Behandlungsmöglichkeiten zwar Zweifel an der höchstrichterlichen Rechtsprechung in dieser Frage sichtbar⁷¹, ohne dass aber bislang eine grundsätzliche Änderung bzgl. der Qualifikation der HIV-Ansteckung als schwere Körperverletzung daraus abgeleitet worden wäre⁷². Immerhin wurde, entgegen dem Bundesgericht, teilweise an einem anderen Qualifikationsgrund als der „Lebensgefahr“ festgehalten. Instruktiv dafür ein Urteil des Obergerichts Zürich von 2003⁷³:

„... Nachdem bereits die Latenzzeit mehrere Jahre betragen kann, zudem eine medikamentöse Behandlung die Latenzzeit verlängern oder den HIV-Zustand stabilisieren kann und ferner auch symptomlose HIV-positive Langzeitüberlebende bekannt sind, fehlt es an der sonst von Art. 122 Abs. 1 StGB geforderten Unmittelbarkeit der Lebensgefahr. Mithin kommt vorliegend Abs. 3 und nicht Abs. 1 von Art. 122 StGB zur Anwendung.“

Das Bundesgericht hielt letztmals 2006 fest, dass die Infektion mit dem HI-Virus nach ungewisser, relativ langer Zeit bei vielen Betroffenen zum Ausbruch von Aids und anschliessend mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Tod führe⁷⁴, und begründet damit weiterhin die Qualifikation der Ansteckung als „lebensgefährlich“ im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB.

2.3. Die Frage der Kausalität und des Beweises bei HI-Virus-Ansteckungen

Immer wieder stellt sich bzgl. der Körperverletzungsdelikte die Frage der Kausalität, also die Frage des Zusammenhanges von Ursache und Wirkung. Dabei steht die Frage im Vordergrund, ob sich das Opfer tatsächlich am Angeschuldigten angesteckt hat.

Insoweit spielt das Beweismass, welches für eine strafrechtliche Verurteilung erreicht werden muss, eine erhebliche Rolle. Es gilt insoweit, das Prinzip der freien Beweiswürdigung und der Grundsatz, dass bei erheblichen konkreten und unüberwindlichen Zweifeln nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ keine Verurteilung erfolgen kann. Die Praxis ist insoweit aber im Umgang mit HIV nicht einheitlich.

Anschaulich dafür ein Urteil des Kreisgerichts Konolfingen von 2007⁷⁵:

Es ging um die Frage, ob das Opfer sich bei der oralen Stimulation durch eine Blutung am Penis des Angeschuldigten angesteckt hat. Die Zuordnung des auf dem Penis aufgetretenen

⁷⁰ JENNY, S. 641.

⁷¹ Vgl. Urteil des Kassationshof Kanton Waadt vom 9.1.2001, S. 12 (Urteil G 016): Vorinstanz hat wegen einfacher Körperverletzung nach Art. 123 verurteilt. Kassationshof bestätigt Urteil, weist aber darauf hin, dass auch Verurteilung nach Art. 122 StGB möglich gewesen wäre.

⁷² Z.B. Urteil Obergericht Zürich vom 13.6.2005 Ziff. 5.2. (Urteil G 009).

⁷³ Urteil Obergericht Zürich vom 27.10.2004 Ziff. 7 (Urteil G 011).

⁷⁴ Urteil Bundesgericht 6S.461/2005 vom 11.1.2006 (Urteil B 004).

⁷⁵ Urteil Kreisgericht Konolfingen vom 5.12.2007 (Fallvignette H 019, S. 114).

Bluttropfens auf den Angeklagten oder dessen Partner liess sich nicht rechtsgenügend beweisen. Darüber hinaus hielt das Gericht fest, dass wenn das Blut dem Angeklagten zugeordnet werden könnte, zwar eine Transmission der HIV-Viren über die Mundschleimhaut möglich gewesen wäre. Gestützt auf gutachterliche Aussagen und medizinische Untersuchungen liegt auch eine nahe Verwandtschaft der gefunden HIV-Stämme beim Angeklagten und seinem Partner vor. Es könne aber andere Ansteckungsmöglichkeiten im konkreten Fall nicht ausgeschlossen werden. Das Gericht erwähnt vor allem die Ansteckung der beiden bei einer nicht notwendigerweise identischen Drittperson, zumal der Partner seit seinem letzten negativen HIV-Test bis zur Begegnung mit dem Angeklagten ca. mit zehn Personen sexuelle Kontakte gehabt hatte. Selbst wenn dabei die Safer Sex-Regeln Anwendung gefunden haben, habe doch ein minimales Ansteckungsrisiko bestanden. Das Gericht schliesst die Beweiswürdigung mit dem Fazit, dass aufgrund der nicht mit letzter Sicherheit auszuschliessenden Möglichkeit einer andersweitigen Ansteckung, die Infektion durch den Angeschuldigten nicht erwiesen werden könne.

Die Frage der Kausalität stellt sich aber auch in dem Sinne, als mitunter eine *erhebliche Zeitspanne zwischen Täterhandlung und Ausbruch der Krankheit* liegt. Die Frage verdoppelt sich bzgl. des Vorsatzes, der ja auch in seiner Willenskomponente auf den Taterfolg gerichtet sein muss.

In der Praxis kann dieses Auseinanderfallen von Tathandlung und Feststellen/Sichtbarkeit der Ansteckung auch besondere Fragen der Anwendbarkeit des Schweizerischen Rechts aufwerfen, wenn z.B. offen ist, in welchem Land die Ansteckung erfolgte⁷⁶.

3. HIV-Übertragung als Verbreiten einer gefährlichen Krankheit

Art. 231 StGB lautet folgendermassen:

Ziff. 1 Wer vorsätzlich eine gefährliche übertragbare menschliche Krankheit verbreitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe nicht unter 30 Tagessätzen bestraft.

Hat der Täter aus gemeiner Gesinnung gehandelt, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren.

Ziff. 2 Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

Die von Art. 231 StGB umfassten gefährlichen Krankheiten sind solche, die durch Erreger verursacht sind und mittelbar oder unmittelbar auf Menschen übertragen werden können⁷⁷.

Die Lehre verlangt teilweise unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte von Art. 231 StGB, dass der Anwendungsbereich auf sehr ansteckende Krankheiten, also eigentliche Seuchen oder ge-

⁷⁶ Urteil Kassationsgericht Kanton Freiburg vom 19.6.1998 (Fallvignette G 018, S.127): Frage der lex mitior.

⁷⁷ Im Sinne von Art. 2 Abs. 1 EpG.

meingefährlichen Krankheiten, beschränkt wird⁷⁸. Die Praxis und ein Grossteil der Lehre⁷⁹ befürworten aber einen weiteren Anwendungsbereich; insbesondere wird von der herrschenden Lehre Bezug genommen auf die Verordnung über die Meldung übertragbaren Krankheiten der Menschen vom 13.1.1999, die fünf Gruppen von Krankheiten wie Diphtherie, Tuberkulose, Hepatitis B oder Hepatitis C, aber auch AIDS einer Meldepflicht unterstellt. Neu auftauchende Krankheiten mit ähnlichem Charakter müssen ebenfalls unter den Begriff der gefährlichen Krankheiten subsumiert werden können⁸⁰. Unbestritten ist, dass harmlose Erreger, wo (nur) Folgen wie Husten drohen, nicht darunter fallen. Die Grenzen der Strafbarkeit sind aber nicht ganz klar, zumal bei vielen Erregern wie bei Masern oder der Grippe oder der – nur bei Schwangerschaft gefährlichen – Röteln die Folgen sehr unterschiedlich sein können⁸¹.

Die Rechtsprechung betrachtet auch den noch symptomlosen positiven HIV-Serostatus seit 1990 als gefährliche Krankheit i.S.v. Art. 231 StGB, was im Wesentlichen damit begründet wurde, dass auch in der verwaltungs- und sozialversicherungsrechtliche Praxis so verfahren werde und kein Grund für eine andere Lösung im Strafrecht bestehe⁸². Daran hat das Bundesgericht bis heute festgehalten⁸³. In der unterinstanzlichen Rechtsprechung sind keine abweichenden Entscheide zu finden gewesen.

Die Voraussetzung der Übertragbarkeit bzgl. HIV wird von Lehre und Rechtsprechung ebenfalls bejaht. Der Tatsache, dass der Virus nur auf spezifische Weise übertragen werden kann, namentlich mit geringer bis sehr geringer Wahrscheinlichkeit mittels vaginalem oder analem Geschlechtsverkehr, im Rahmen der Übertragung von der Mutter auf das Kind und via Blutkontakt⁸⁴ oder - mit hoher Wahrscheinlichkeit - via Bluttransfusion⁸⁵, hat in der Rechtsprechung⁸⁶ und in der herrschenden Lehre keine Berücksichtigung gefunden, was namentlich von BEGLINGER kritisiert wird⁸⁷.

Art. 231 StGB setzt voraus, dass eine so geartete gefährliche übertragbare menschliche Krankheit *verbreitet* wird. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt bereits in der Übertragung des HI-Virus ein Verbreiten im Sinne von Art. 231 StGB⁸⁸. Das wird damit begründet, dass die Möglichkeit der Ansteckung Dritter durch die angesteckte Person nicht kontrollierbar sei und der Angesteckte weitere Menschen auf irgendwelchen Wegen infizieren könnte⁸⁹.

Der Anwendungsbereich von Art. 231 StGB in der Interpretation des Bundesgerichts ist deutlich zu weit und kann zu stossenden Ergebnissen führen: Das zeigt sich unter anderem am Beispiel des Problems der *Selbstinfektion*: Genau genommen fällt nämlich der ungeschützte Geschlechtsverkehr mit

⁷⁸ BEGLINGER, Art. 231 N 22 mit weiteren Hinweisen.

⁷⁹ STRATENWETH/BOMMMER, S. 81; TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 231 N 1; je mit weiteren Hinweisen.

⁸⁰ TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 231 N 1.

⁸¹ STRATENWERTH/BOMMER, S. 81 f., NIGGLI, S. 11 f.

⁸² BGE 116 IV 125, 133 (Fallvignette A 001, S. 128); zur Kritik an diesem Prinzip der „einheitlichen Rechtsprechung bzgl. HIV“ siehe unten Ziff. 2.7.1.

⁸³ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119); BGE 125 IV 242, 245 (Fallvignette A 004, S. 126).

⁸⁴ Bundesamt für Gesundheit und Aids-Hilfe Schweiz, Broschüre HIV/Aids, Heutiger Wissensstand, Bern 2004, S. 10 ff.

⁸⁵ BEGLINGER, Art. 231 N 23 mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

⁸⁶ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119); BGE 125 IV 242, 245 (Fallvignette A 004, S. 126); BGE 116 IV 125, 131 ff. (Fallvignette A 001, S. 128).

⁸⁷ NIGGLI, S. 11; kritisch BEGLINGER, Art. 231 N 23 mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

⁸⁸ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119); BGE 125 IV 242, 245 (Fallvignette A 004, S. 126).

⁸⁹ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119); BGE 125 IV 242, 245 (Fallvignette A 004, S. 126).

einer HIV-infizierten Person unter Art. 231 StGB, weil auch damit das Risiko eingegangen wird, sich mit dem HI-Virus zu infizieren, so eine neue Gefahrenquelle zu schaffen und so den Virus zu verbreiten⁹⁰. Die in der Lehre gegen eine solche Strafbarkeit vorgebrachten Argumente sind zwar ehrenhaft, aber dogmatisch kaum überzeugend⁹¹.

Gleiches gilt für die *Infektion des ungeborenen Kindes durch die HIV-positive Mutter* während der Schwangerschaft. Auch hier wird genau genommen durch das Zulassen der Schwangerschaft ein Risiko geschaffen, dass ein Kind mit HIV infiziert wird und somit der Erreger verbreitet wird⁹². Das entsprechende Risiko liegt gar höher als die Übertragungswahrscheinlichkeit beim ungeschützten Geschlechtsverkehr⁹³.

In der Schweizerischen Rechtsprechung sind Anwendungsfälle dieser weiten Interpretation bislang nicht aufgetreten bzw. nicht erörtert worden⁹⁴, ohne beschränkende Interpretation von Art. 231 StGB würde es hier aber entgegen aller Vernunft zu einer Strafbarkeit kommen.

In der Lehre und von Aids-Fachleuten wird insbesondere kritisiert, dass die Einwilligung des HIV-negativen Sexualpartners in den ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einer HIV-positiven Person nichts an der Strafbarkeit nach Art. 231 StGB ändere. Es wird insoweit befürchtet, dass sich durch die einseitige Verantwortungszuschreibung an den HIV-positiven Partner der Anreiz verringert, bestehende Infektionsrisiken offen zu legen⁹⁵.

Die Lehre versucht dem gemäss den Anwendungsbereich Art. 231 StGB einzuschränken. Es wird darauf verwiesen, dass mit der Übertragung nicht ohne weiteres die für das „Verbreiten“ typische Gefahr für unbestimmt viele Menschen geschaffen werde⁹⁶. Wegen der grundsätzlichen Kontrollierbarkeit der Krankheit wird zum Beispiel einschränkend verlangt, dass die betroffene Person ihrerseits den Erreger weitergeben könnte, was insbesondere der Fall sei, wenn sie über das Infektionsrisiko nicht informiert wird. Dagegen dürfe Art. 231 StGB nicht zur Anwendung gelangen, wenn die Möglichkeit einer Weitergabe des Erregers an Dritte durch den Betroffenen praktisch ausscheide⁹⁷. Mit dieser Argumentation wird Art. 231 StGB zu einem Eignungsdelikt gemacht und als Verbreiten wird jede Handlung betrachtet, die geeignet erscheint, eine Gemeingefahr zu schaffen, unabhängig vom HIV-Serostatus des Täters⁹⁸.

Noch enger will BEGLINGER Art. 231 StGB verstehen: Er will Art. 231 StGB im Sinne seiner als Unmittelbarkeitstheorie bezeichneten Position auf Fälle beschränken, *wo als Tathandlung* jemand eine Infektionsgefahr schafft oder erhöht, die zur Infektion beliebiger vom Zufall bestimmter Opfer führt oder

⁹⁰ So schon KUNZ, 54,

⁹¹ Vgl. NIGGLI, S. 15 f. m.w.H.

⁹² Vgl. dazu aber einen Entscheid in Kanada, V.4.3.2e) Bestrafung der Mutter-Kind-Übertragung, S. 85.

⁹³ Aids-Hilfe Schweiz, Beziehung und Sexualität, S. 34 f.

⁹⁴ So lässt BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119); das Thema unerwähnt, obwohl in casu eine solche Selbstansteckung vorliegt.

⁹⁵ Bericht zur Vernehmlassungsvorlage rev.EpG vom 21.12.2007, S. 71, siehe <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=de> (Zugriff: 16.2.2009).

⁹⁶ TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 231 N 12, mit ausführlicher Begründung

⁹⁷ So DONATSCH/WOHLERS, S. 71; STRATENWERTH/BOMMER, S. 82, KUNZ, S. 55

⁹⁸ NIGGLI, S. 13; BEGLINGER, Art. 231 N 38.

führen kann und die kumulativ zu einem *Taterfolg* im dem Sinne führt, dass nicht nur Erreger übertragen werden, sondern die entsprechende Krankheit bei mindestens einer Person ausbricht⁹⁹. Mit dieser Auslegung von Art. 231 StGB würde bzgl. der Übertragung von HIV die Anwendung des Tatbestandes reduziert: Wird ein individualisiertes Opfer infiziert, wie regelmässig bei der sexuellen Übertragung von HIV, so entfielen die Anwendung ebenso wie immer dann, wenn die HIV-Infektion (noch) symptomlos bleibt, unabhängig von der weiteren Übertragbarkeit gegenüber Dritten¹⁰⁰. Allerdings hätte eine solche Interpretation von Art. 231 StGB hinsichtlich der HIV-Übertragung ein erhebliches Mass an Rechtsunsicherheit zur Folge, weil nach einer HIV-Übertragung der Tatbestand wieder anwendbar wäre, wenn innerhalb der Verjährungsfrist¹⁰¹ durch die Ansteckung die Krankheit beim Angesteckten und/oder (unbestimmten) Dritten ausbricht.

Mit einer solchen Interpretation von Art. 231 StGB, die hinsichtlich der relevanten Tathandlung vor allem den Aspekt der Gemeingefahr in den Tatbestand hinein interpretiert, ist letztlich vor allem deshalb nicht viel gewonnen, weil auch dieser Begriff umstritten und nicht eindeutig definiert ist¹⁰². Zumal es durchaus vertretbar ist, schon das Schaffen einer nicht kontrollierbaren Gefahrenquelle als relevante Tathandlung auch im Sinne von BEGLINGER zu verstehen, womit letztlich einzig im Taterfolg ein Unterschied zur heutigen herrschenden Lehre bliebe. Bezug genommen würde auf den Ausbruch von AIDS, statt auf die Übertragung von HIV. Der damit verbundene engere Anwendungsbereich ist aber nur zum Preis erheblicher Rechtsunsicherheit zu haben¹⁰³.

In der für diese Studie ausgewerteten unterinstanzlichen Rechtsprechung finden sich keine Urteile, welche die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 231 StGB auf die HIV-Übertragung ablehnen oder auch nur schon ernstlich in Frage stellen. Die Kritik von BEGLINGER hat bislang also praktisch keine Berücksichtigung in der Rechtsprechung gefunden, nicht einmal im Sinne einer vertieften Auseinandersetzung. Im Sinne der Mittelbarkeitstheorie wird in der Praxis also davon ausgegangen, dass in der Ansteckung einer konkreten Person bereits eine Gefahr der Infektion unbestimmter Dritter liegt, womit der objektive Tatbestand der Verbreitung einer gefährlichen übertragbaren menschlichen Krankheit erfüllt sei¹⁰⁴.

4. Die Übertragung von HIV zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit

Bei der Infektion mit dem HI-Virus, insbesondere durch Sexualkontakte, stellt sich oft die Frage, ob die Ansteckung vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte. Beide hier besonders in Frage stehenden Tatbestände kennen mit Art. 125 Abs. 2 StGB und Art. 231 Ziff. 2 StGB die Möglichkeit der fahrlässigen Verwirk-

⁹⁹ BEGLINGER, Art. 231 N 24, N 26, N 40.

¹⁰⁰ So auch NIGGLI, S. 14.

¹⁰¹ Vgl. Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB: 15 Jahre.

¹⁰² Vgl. z.B. die Kontroverse um den Begriff bei Art. 221 StGB (Brandstiftung).

¹⁰³ Ähnlich NIGGLI, S. 14 f.

¹⁰⁴ BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119); BGE 125 IV 245 (Fallvignette A 004, S. 126), je mit weiteren Hinweisen; vgl. für eine ausführliche abweichende Position BEGLINGER, Art. 231 N 24 ff.

lichung. Der Strafrahmen bei der vorsätzlichen Tatverwirklichung ist weiter und schärfer als bei der fahrlässigen Variante¹⁰⁵.

Hinsichtlich des Vorsatzes gilt, dass eine Tatbestandsverwirklichung allgemein nur möglich ist, wenn sie bezogen auf den objektiven Tatbestand mit Wissen und Willen ausgeführt wird (Art. 12 Abs. 2 StGB). Im Sinne des Eventualvorsatzes genügt es auch, wenn man die Verwirklichung der verbotenen Handlung für möglich hält und die entsprechenden Folgen in Kauf nimmt (sog. Eventualvorsatz).

Die Wahrscheinlichkeit einer Ansteckung durch einmaligen, ungeschützten Verkehr ist sehr gering. Das Bundesgericht selber geht bei Vaginalverkehr in einer länger dauernden Partnerschaft von einer statistischen Infektionswahrscheinlichkeit von 0,3%, bei Erstkontakten von einer solchen von zwei bis acht Prozent aus. Dieses geringe Ansteckungsrisiko spielt aber gemäss Bundesgericht für die Vorsatzfrage keine entscheidende Rolle¹⁰⁶.

Instruktiv dafür BGE 125 IV 242:

In casu wusste der Beschwerdeführer um seine HIV- Infizierung, um die Ansteckungsgefahr und um den Verlauf der Krankheit. Dennoch vollzog er ungeschützten Geschlechtsverkehr mit Y und Z. Dass er allenfalls nicht bei jedem einzelnen ungeschützten Geschlechtsverkehr konkret an das Risiko der Übertragung des Virus dachte ist unerheblich; das Bewusstsein der wesentlichen Umstände im Sinne eines Begleitwissens genügt. Für den Eventualvorsatz zusätzlich erforderlich ist die Inkaufnahme des Erfolgs. Aus dem Wissen um das Risiko kann unter Berücksichtigung der Umstände auf Inkaufnahme des Erfolgs geschlossen werden. Zu diesen Umständen gehört, dass ein einziger ungeschützter Geschlechtsverkehr mit einem HIV-Infizierten das Risiko der Übertragung des Virus in sich birgt. Der Infizierte kann dieses ihm bekannt Risiko in keiner Weise kalkulieren und dosieren und der Partner hat bezüglich der Gefahr einer Infizierung keine Abwehrchancen. Im juristischen Sinne kann unter diesen Umständen nicht von bewusster Fahrlässigkeit gesprochen werden sondern der Infizierte nimmt die Infizierung seines Partners in Kauf.

In der Lehre wird namentlich für die Fallgruppe der ungeschützten Kontakte in einer festen Partnerschaft kritisiert, dass die Praxis das geringe Übertragungsrisiko (bzgl. Dritten) zum Anlass des Ausschlusses des Eventualvorsatzes nehme¹⁰⁷.

Kennzeichen der *fahrlässigen Körperverletzung* im Sinne von Art. 125 StGB ist es, dass sorgfaltswidrige Handlungen kausal eine Körperverletzung bewirken (Art. 125 StGB). Fahrlässig handelt, wer die Folgen

¹⁰⁵ Der Fahrlässigkeitstatbestand nach Art. 125 Abs. 2 StGB mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis drei Jahren, im Gegensatz zur vorsätzlichen schweren Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB, die Geldstrafe mit mind. 180 Tagessätzen und Freiheitsstrafe bis 10 Jahre androht und das fahrlässige Verbreiten einer gefährlichen Krankheit nach Art. 231 Ziff. 2 StGB mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, im Gegensatz zum vorsätzlichen Verbreiten einer menschlichen Krankheit nach Art. 231 Ziff. 1 StGB mit Geldstrafe nicht unter 30 Tagessätzen und Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren.

¹⁰⁶ Zero-risk-doctrine des Bundesgerichts vgl. BGE 125 IV 242, 254 (Fallvignette A 003), S. 124; kritisch dazu VEST, S. 1169 ff.; siehe dazu ausführlicher unter 2.3 lit.d.

¹⁰⁷ Bericht zur Vernehmlassungsvorlage rev.EpG vom 21.12.2007, S. 71, siehe <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=de> (Zugriff: 16.2.2009).

seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Dabei ist diese Unvorsichtigkeit dann pflichtwidrig, wenn der Täter die nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen zu verlangende Sorgfalt nicht beachtet (Art. 12 Abs. 3 StGB). Auch der zweite hier besonders einschlägige Tatbestand, das Verbreiten einer menschlichen Krankheit gemäss Art. 231 StGB enthält in Ziff. 2 eine fahrlässige Tatbestandsvariante.

In diesem Zusammenhang ist gemäss dem sog. allgemeinen Gefahrensatz die Person, die eine gefährliche Handlung ausführt, verpflichtet, das Zumutbare vorzukehren, damit die Gefahr nicht zu einer Verletzung fremder Rechtsgüter führt¹⁰⁸. Im Sinne des Prinzips des erlaubten Risikos wird also in der modernen Gesellschaft nicht jede Gefährdung verboten, sondern die Verpflichtung auferlegt, erlaubte Gefahren auf das Minimum einzuschränken, dass nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ausgeschlossen werden kann¹⁰⁹.

Bezüglich der HI-Virus-Übertragung stellt die Rechtspraxis für die Frage der zu beachtenden Sorgfalt auf die Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit ab. So gilt der durch ein geprüftes Kondom geschützte Geschlechtsverkehr als genügender Schutz. Ausserhalb treuer Partnerschaften wird gar immer solcher Safer Sex empfohlen. Innerhalb treuer Partnerschaften gilt dies dann, wenn eine eigene Infektion nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Insoweit bietet ein negativer HIV-Test, der drei Monate nach der letzten Infektionsmöglichkeit gemacht wurde, hinreichende Sicherheit¹¹⁰.

Eine neue Dimension bekommt die Sorgfaltspflicht im Zusammenhang mit HIV durch BGE 134 IV 193:

Dabei geht es um einen Angeklagten, der mit diversen Partnerinnen ungeschützt sexuell verkehrte. Eine dieser Partnerinnen hat ihn informiert, sie sei HIV-positiv, worauf der Betroffene mit ihr noch mit Kondom geschützt sexuell verkehrt hat. Er schloss es aus, dass er sich infiziert hatte, da er nie irgendwelche Symptome eines Primärinfektes verspürte, und er unterliess es, sich einem AIDS-Test zu unterziehen. A hatte sich aber mit dem HI-Virus infiziert, jedoch nicht bei B (dies konnte ausgeschlossen werden), sondern bei einer ungeklärten Drittperson. In der Folge verkehrte er weiterhin ungeschützt mit seinen Partnerinnen, wobei er eine davon mit dem HI-Virus ansteckte. Das Bundesgericht bestätigt, dass die Safer-Sex-Regeln (Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit) als Mass für die zu beachtende Sorgfalt im Zusammenhang mit der Übertragungsgefahr des HI-Virus gelten. Die Gefahr der Übertragung des HI-Virus könne nicht generell als ein erlaubtes Risiko dargestellt werden, das der Partner in jedem Fall hinzunehmen hätte. Massgebend sei, ob der Risikostifter zur Zeit der Tat konkrete Anhaltspunkte für die eigene HIV-Infektion hatte. Als Anhaltspunkt gilt jeder erkannte bzw. bewusst erlebte Risikokontakt in der Vergangenheit, etwa ungeschützter Intimkontakt mit einer Person, deren sexuelles Vorleben unbekannt ist. Liegen solche Verdachtsmomente vor, so ist der Betroffene gehalten, auf ungeschützten Geschlechtsverkehr

¹⁰⁸ BGE 134 IV 193 E 7.2 (Fallvignette A 006, S. 111).

¹⁰⁹ BGE 134 IV 193 E 7.2 (Fallvignette A 006, S. 111).

¹¹⁰ BGE 134 IV 193 E. 8.1.(Fallvignette A 006, S. 111).

zu verzichten, bis er eine eigene Infektion ausschliessen kann. Wer die Safer-Sex-Regeln missachte handle pflichtwidrig und schaffe eine objektiv erhöhte Gefahr für die Rechtsgüter seiner Sexualpartner, die das erlaubte Risiko übersteigt. In casu ist A vorzuwerfen, dass er die Safer-Sex-Regeln missachtet hat; spätestens mit der Eröffnung von B, sie sei HIV-positiv, wurde ihm die Möglichkeit der eigenen Infizierung unmissverständlich vor Augen geführt, womit zur Zeit des ungeschützten Geschlechtsverkehrs Anzeichen für eine HIV-Infektion bestanden hätten.

Mit diesem Urteil bekennt sich das Bundesgericht einerseits dazu, dass im Rahmen der Safer-Sex-Regeln ungeschützte sexuelle Kontakte, selbst bei einem Restrisiko, keine strafrechtliche Relevanz haben. Gleichzeitig spiegelt sich aber in diesem Urteil auch die Problematik der Bezugnahme auf die Figur des „erlaubten Risiko“. Es ist nämlich im Einzelnen nicht immer klar, wo die Grenzen des erlaubten Risikos verlaufen. Dem Urteil fehlt leider eine klare Bezugnahme auf das Präventionskonzept der geteilten Verantwortung¹¹¹.

Im Zusammenhang mit neuen Befunden der Senkung der Infektiosität bei konsequenter Therapie¹¹² sind neue Konstellationen denkbar, wo eine fahrlässige Körperverletzung in Frage kommt, weil der Angeschuldigte fälschlicherweise annahm, er sei sexuell nicht infektiös und vor diesem Hintergrund auf den Schutz gemäss Safer Sex-Regeln verzichtet hatte. In diesem Rahmen ist zum Beispiel an Fälle zu denken, wo eine regelmässige Untersuchung und Konsultation beim behandelnden Arzt unterlassen wurde.

5. Die Rolle des Opfers bei HIV: zwischen Einwilligung, erlaubtem Risiko und Opfermitverantwortung

Die in der Rechtsprechung ersichtlichen Fälle basieren meist auf ungeschützten sexuellen Kontakten, ohne dass das Opfer informiert wurde. In einer Reihe von Fällen aber stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die Kenntnis des seropositiven Status des Partners beim Opfer hinsichtlich der Strafbarkeit des HIV-positiven Angeklagten hat.

Primär wird die Frage in der Rechtsprechung unter dem Titel der „*Einwilligung*“ diskutiert: Die Einwilligung des Opfers ist grundsätzlich ein möglicher Rechtfertigungsgrund, der die Verwirklichung tatbestandsmässiger Handlungen bei Individualrechtsgütern wie der Körperverletzung legitimieren kann. Dagegen ist eine Rechtfertigung durch Einwilligung bei gegen Gemeininteressen gerichteten Straftaten von vornherein ausgeschlossen: nur bei Individualinteressen führt die Einwilligung dazu, dass die tatbestandsmässige Handlung kein schutzwürdiges Interesse mehr verletzt¹¹³.

¹¹¹ Dazu hinten Kapitel III.7 Der Diskurs um Prävention und Public Health in den Urteilen, insb. AIDS-Beratungs- und Präventionskonzept der doppelten Verantwortung in der Strafrechtspraxis, S. 50.

¹¹² Siehe dazu Kapitel III 6.3, S. III.6.3 Im Besonderen: die strafrechtliche Relevanz der neuen Empfehlungen für serodifferente Paare in festen Partnerschaften, S. 48.

¹¹³ Dazu allgemein STRATENWERTH, S. 206 ff.

Umstritten ist die Frage, welche Auswirkungen eine Einwilligung hinsichtlich schwerer Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität haben soll, wie bei der Ansteckung mit dem HI-Virus. Allgemein und unabhängig von HIV/Aids ist die Frage der rechtfertigenden Einwilligung in schwere Körperverletzungen umstritten. Sie wird danach beurteilt, ob der Zweck der Einwilligung von einem vertretbaren Interesse des Betroffenen¹¹⁴ oder gar einem sittlichen Wert¹¹⁵ getragen sei, und so im Sinne einer Güterabwägung die Schwere der Verletzung aufwiegt¹¹⁶. Das wird insbesondere bei medizinischen Eingriffen angenommen¹¹⁷.

Bei Fällen, wo die Beteiligten ungeschützte sexuelle Kontakte hatten, obwohl der positive Serostatus des einen Partners/der einen Partnerin bekannt war, geht es strafrechtsdogmatisch genau genommen nicht um die Einwilligung in eine allfällige Ansteckung mit HIV, sondern vielmehr um die Einwilligung in ein bestimmtes Risiko, das mit dem konsensualen sexuellen Kontakt verbunden ist¹¹⁸.

Strukturell sind die entsprechenden Fälle parallel gelagert wie die Frage der Einwilligung der Teilnahme an gefährlichen sportlichen Aktivitäten. Es geht im Kern um eine Frage des erlaubten Risikos im Rahmen der Abgrenzung von Risikosphären¹¹⁹. In grundlegender Hinsicht hat das Bundesgericht insoweit in einem leading case, wo es nicht um eine HIV-Ansteckung geht, festgehalten, für das Risiko sei nicht verantwortlich, wer eine gewollte Selbstgefährdung des Opfers nur ermöglicht, unterstützt oder veranlasst¹²⁰.

Demnach liegt eine *straflose Mitwirkung an fremder Selbstgefährdung* vor, wenn das Opfer (der Einwilligende) sich einer bestimmten Gefahr frei und bewusst aussetzt. Zentral ist, dass der Einwilligende die Tatherrschaft besitzt und das Tatgeschehen somit so beherrscht, das er jederzeit und bis zuletzt eingzugreifen vermöchte. Dagegen ist eine grundsätzlich strafbare sog. einverständliche Fremdgefährdung gegeben, wenn die Geschehensherrschaft nicht mehr beim Einwilligenden liegt, sondern sich das Opfer einer unübersehbaren Entwicklung ausliefert, die es nicht mehr abbrechen könnte¹²¹.

In BGE 131 IV 1¹²² hat das Bundesgericht 2004 diese grundlegenden dogmatischen Überlegungen auf die Frage der rechtfertigenden Einwilligung bei ungeschützten Sexualkontakten einer HIV-positiven Person mit einer freiverantwortlich handelnden, informierten Person im Zusammenhang mit (versuchter) schwerer Körperverletzung¹²³ angewendet und ausgeführt:

Bei Sexualkontakten kommt die Herrschaft über das Geschehen grundsätzlich beiden Beteiligten zu. Sie haben es jederzeit in der Hand, noch rechtzeitig abzubrechen oder aber ein Kondom zu benutzen bzw. darauf zu beharren, dass der Partner dieses verwendet. Die ge-

¹¹⁴ So TAG/DONATSCH, S. 208 f.

¹¹⁵ TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 122 N 8.

¹¹⁶ STRATENWERTH, S. 213 f.

¹¹⁷ SEELMANN, N 32 vor Art. 32 mit weiteren Hinweisen.

¹¹⁸ So für die Schweiz grundlegend WEISSENBERGER, S. 60 ff.

¹¹⁹ SEELMANN, N 15 vor Art. 14 mit weiteren Hinweisen.

¹²⁰ BGE 125 IV 192.

¹²¹ WEISSENBERGER, S. 102 ff.

¹²² BGE 131 IV 1, 5 ff. (Fallvignette A 005, S. 119).

¹²³ Vgl. dazu grundlegend auch KUNZ, S. 39 ff.

*genteilige Auffassung, welche darauf abstellt, dass die Gefährdung ausschliesslich vom Infizierten ausgehe und der Partner sich dieser lediglich aussetze, verkennt den entscheidenden Gesichtspunkt, dass nämlich die Geschehensherrschaft bei beiden Beteiligten liegt*¹²⁴.

Die seit 2004 geklärte bundesgerichtliche Praxis zur rechtfertigenden Einwilligung in risikobehaftete Sexualkontakte (bzgl. Art. 122 StGB) wurde in einzelnen Urteilen von der kantonalen Rechtsprechung vorweg genommen: So hielt der Kassationshof des Kantons Waadt 1998 einen Rekurs gegen die Verurteilung wegen Art. 122 (und Art. 231 StGB) gut, wo aus dem Beweisergebnis nicht klar ersichtlich war, ob die relevante Ansteckung nicht erst stattgefunden hatte, nachdem das Opfer von der HIV-Positivität des Täters wusste¹²⁵.

Gemäss der geltenden Rechtsprechung spielt die Frage, bei wem Tatherrschaft liegt, die zentrale Rolle. Dies hängt insbesondere vom Wissensstand und der Überblickbarkeit über die fraglichen Handlungen und deren möglichen Folgen ab. Immer dann, wenn beidseitige Herrschaft über das Gefährdungsgeschehen besteht, wird straflose Mitwirkung an fremder Selbstgefährdung angenommen¹²⁶. Das setzt voraus,

- dass der HIV-negative Partner vor dem Geschlechtsverkehr über die Infektion aufgeklärt wurde¹²⁷,
- dass der HIV-negative Partner urteils- und somit einwilligungsfähig ist, woran es fehlt, wenn sich der Partner unter Drogeneinfluss nicht genügend Rechenschaft über das Risiko ablegen konnte¹²⁸,
- dass sich der HIV-negative Partner über die Risiken und die möglichen Folgen ungeschützten Verkehrs mit einer HIV-positiven Person bewusst ist,
- dass der HIV-negative Partner nicht einem Willensmangel unterliegt, was Ernsthaftigkeit, Freiwilligkeit und Irrtumsfreiheit voraussetzt¹²⁹.

Bzgl. der Strafbarkeit des HIV-positiven Menschen kommt es jeweils darauf an, ob diese objektiven Voraussetzungen der Einwilligung dem HIV-Träger in den Grundzügen bekannt sind, bzw. ob er aus dem Umständen von einer so konkretisierten Tatherrschaft des HIV-negativen Partners ausgehen durfte. Ist dies der Fall, so besteht eine Aufhebung des Handlungsunwertes¹³⁰ und eine vorsätzliche schwere Körperverletzung kommt nicht in Frage.

Fehlt es objektiv an den Voraussetzungen der Einwilligung in eine Gefahrenlage durch den HIV-negativen Partner (Aufklärung über Serostatus des Partners, Urteilsfähigkeit des Opfers, Wissen um Gefahr), geht aber der HIV-positive Partner subjektiv vom Vorliegen dieser Voraussetzungen aus, so ist eine vorsätzliche Tatbegehung nicht möglich. Denkbar ist aber, dass eine Bestrafung wegen Fahr-

¹²⁴ BGE 131 IV 1, 7 (Fallvignette A 005, S. 119).

¹²⁵ Urteil Kassationsgericht Waadt vom 26.10.1998, S. 7 f. (Urteil G 017).

¹²⁶ BGE 131 IV 1, 6 (Fallvignette A 005, S. . 119); WEISSENBERGER, S. 106 mit weiteren Hinweisen; siehe auch BGE 134 IV 193 (Fallvignette A 006, S. 111).

¹²⁷ SEELMANN, vor Art. 14 N 14 mit weiteren Hinweisen, siehe schon HUBER, S. 122 f.

¹²⁸ So im Urteil Obergericht Zürich vom 23.6.2003 (Fallvignette B 003/G 011, S. 121).

¹²⁹ SEELMANN, vor Art. 14 N 20 mit weiteren Hinweisen.

¹³⁰ Siehe dazu ausführlich STRATENWERTH, S. 253 ff.

lässigkeit erfolgt, soweit es dem HIV-positiven Partner bei pflichtgemässer Sorgfalt möglich gewesen wäre, die fehlende Einwilligungsfähigkeit zu erkennen. Insoweit gelten die Regeln des Sachverhaltsirrtums gemäss Art. 13 StGB¹³¹.

Ob in einem konkreten Fall von ungeschütztem Verkehr zwischen seropositiver und seronegativer Person, tatsächlich eine informierte, freiwillige und irrtumsfreier Einwilligung vorliegt, ist beweismässig oft sehr schwierig zu eruieren. In der bisherigen Praxis wurden die Beweisanforderungen an das Vorliegen von Umständen, die eine entsprechende Einwilligung annehmen lassen, nicht übermässig hoch angesetzt. Das Konzept bleibt aber dogmatisch anfechtbar, zumal in den fraglichen Beziehungen und insbesondere bezogen auf die entsprechenden Sexualkontakte die Idee von freien, aufgeklärten, wissenden Personen normativ konstruiert erscheint.

In der Praxis des Bundesgerichts zum Einwilligungseffekt hinsichtlich Art. 122 StGB bei informierten, ungeschützten Sexualkontakten kommt das Prinzip der Eigenverantwortung und der Opfermitverantwortung zum Ausdruck, das letztlich auch dem Präventionskonzept bzgl. HIV/Aids¹³² entspricht. In der internationalen Diskussion wird vor diesem Hintergrund die Frage, ob die Aufklärung des Partners über den HIV-Status tatsächlich *conditio sine qua non* für die straflose Beteiligung an einer Selbstgefährdung ist bzw. sein soll, kontrovers diskutiert. Die Frage stellt sich insbesondere dann, wenn der nicht wissende HIV-negative Partner den HIV-positiven Status in Kauf nimmt oder/und explizit ungeschützten Verkehr möchte, ohne genaueres über den Serostatus des Partners zu wissen. In der Schweizer Strafrechtslehre und Rechtsprechung wurde diese Frage bis anhin soweit ersichtlich kaum diskutiert¹³³. Noch virulenter wird die Frage der Einwilligung und der Voraussetzung der Aufklärung, wenn die Viruslast des Betroffenen unter der Nachweisgrenze liegt, und die Infektiosität damit sehr gering wird¹³⁴.

Das Konstrukt der Einwilligung bzw. der Mitwirkung an der Selbstgefährdung durch das Opfer ist für die schwere Körperverletzung und Art. 122 StGB rechtfertigend. Das gilt aber nach herrschender Lehre und Praxis nicht für Art. 231 StGB, weil es hier nicht um grundsätzlich einwilligungsfähige Individualrechtsgüter, sondern um Allgemeinrechtsgüter geht, die einer Einwilligung nicht zugänglich sind¹³⁵.

Genau genommen kann sich die Straflosigkeit bei informierten Sexualkontakten zwischen serodifferenten Paaren nicht nur aus der rechtfertigenden Einwilligung in eine Risikosituation ergeben, sondern auch aus der Kategorie des erlaubten Risikos, welche nach der Lehre tatbestandsausschliessenden oder rechtfertigenden Charakter hat¹³⁶. Während die Einwilligung nach geltender Praxis nur Bedeutung bzgl. Art. 122 StGB haben kann, kann wegen erlaubtem Risiko auch eine Bestrafung nach Art. 231 StGB grundsätzlich entfallen.

¹³¹ SEELMANN, vor Art. 14 N 21.

¹³² Vgl. BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, HIV/Aids-Programm.

¹³³ Das war das zentrale Tagungsthema an der internationalen Fachtagung HIV/Aids – Ethische Perspektiven vom 19.-21.6.2008 in Frankfurt am Main. Zu einer Übersicht über die dortige Diskussion siehe http://www.hivandmore.de/archiv/2008-3/Mit_DAH.shtml (Zugriff 19.2.2009).

¹³⁴ Dazu siehe unten Ziff. 6.3. lit. e.

¹³⁵ BGE 131 IV 1, 5 ff. (Fallvignette A 005, S. 119).

¹³⁶ Allgemein zu dieser Kategorie STRATENWERTH, S. 158 ff.

Insoweit ist von der Rechtsprechung ohne weiteres anerkannt, dass nicht strafbar sein kann, wer sich an die klassischen Safer Sex-Regeln hält¹³⁷. An sich müssten diese Grundsätze auch unter den von der Eidg. Aidskommission genannten Voraussetzungen gelten, wo durch eine effektive Behandlung der Virusload nicht mehr nachweisbar ist und dann ungeschützte Kontakte innerhalb einer Partnerschaft stattfinden¹³⁸.

Die Frage der Selbstverantwortung des Opfers wird in der Rechtsprechung zum Teil auch im Zusammenhang mit einem allfälligen Anspruch auf Genugtuung (Art. 49 OR) aufgenommen, der gemäss Opferhilfegesetz adhäsionsweise direkt im Strafverfahren geltend gemacht werden kann. Primär wird dabei die Betroffenheit des Opfers berücksichtigt, aber eben auch zu Ungunsten des Opfers in Rechnung gestellt, wenn es trotz der Kenntnis der HIV- Infektion wieder den sexuellen Kontakt zum Angeklagten sucht¹³⁹. Auch wenn die Geschädigte sich trotz Kenntnis der (vermeintlichen) HIV- Infektion des Geschädigten weder körperlich noch verbal gegen den ungeschützten Geschlechtsverkehr zur Wehr setzt, wird ein gewisses Selbstverschulden angenommen und bzgl. einer Genugtuungsleistung in Abzug gebracht¹⁴⁰.

6. Die Bedeutung medizinischer Entwicklungen und präventiver Empfehlungen in der Strafrechtspraxis

6.1. Das Bild von HIV und die Abbildung der medizinischen Fortschritte

Als Hintergrund ist zu beachten, dass HIV und die dadurch auslösbare Immunschwächekrankheit Aids zu Beginn ihres Auftretens als äusserst bedrohliches *Ausnahmephänomen* wahrgenommen wurde, das ein entsprechendes aussergewöhnliches Bekämpfungsvorgehen notwendig erscheinen liess. Der positive Serostatus gilt als unheilbar und die Übertragung des HI-Virus wird als eine besonders bedrohliche Verletzung körperlicher Integrität wahrgenommen. Während der letzten zwei Jahrzehnten konnten aber die Behandlungsmöglichkeiten von HIV erheblich verbessert werden, so namentlich durch die Kombinationstherapien¹⁴¹.

Schon anfangs der 1990er Jahre musste sich das Bundesgericht in sozialversicherungsrechtlicher und strafrechtlicher Hinsicht die Frage beantworten, ob und inwieweit HIV/Aids als Krankheit zu betrachten sei. Im Zentrum stand insbesondere die Frage, ob schon die HIV-Infektion als solche Krankheitswert habe.

Gemäss BGE 116 IV 125 lässt sich die HIV-Infektion als Krankheit in vier Phasen unterscheiden: Im ersten Stadium (zwei Wochen bis drei Monate nach der Infektion) zeigten sich bei 20% bis 30% Betroffenen eine akute fieberhafte Erkrankung. Am Ende dieser Phase beginnt der Körper Antikörper zu entwickeln, ab diesem Moment ist das Blut als HIV- positiv erkennbar. In der zweiten Phase zeigen

¹³⁷ Urteil Kreisgericht Konolfingen vom 5.12.2007 (Fallvignette H 019, S.114); Urteil Strafgericht Bezirk La Broye und Nord-Waadt vom 20.4.2004 (Urteil H 009).

¹³⁸ Siehe dazu ausführlich unten III.6.3 Im Besonderen: die strafrechtliche Relevanz der neuen Empfehlungen für serodifferente Paare in festen Partnerschaften, S. 48.

¹³⁹ Urteil Obergericht Kanton Zürich vom 13.6.2005, S. 36 (Fallvignette G 009, S. 117).

¹⁴⁰ Urteil Obergericht Kanton Zürich vom 23.6.2003, S. 52 f. (Fallvignette B 003/G 011, S. 121).

¹⁴¹ HAART, Highly Active Anti-Retroviral Therapy.

etwa 50% der Betroffenen keine Symptome der Krankheit. Für die dritte Phase sei charakteristisch, dass 30% der Betroffenen eine chronische Krankheit (z.B. Durchfall, Fieber) entwickeln. Die vierte Phase ist jene in der AIDS ausbricht. Es gibt Betroffene, die direkt von der Phase zwei zur Phase vier gelangen. Zusammengefasst lässt sich sagen, dass nach einem mittellangen Zeitraum plus einer Inkubationszeit von sechs bis zehn Jahren 75 von 100 Betroffenen körperlich krank würden. Dem gesamten Komplex komme als HIV/Aids Krankheitswert zu¹⁴².

Ebenfalls 1990 wurde in einem sozialversicherungsrechtlichen Entscheid das vier Phasen-Bild von HIV/Aids etwas weiter ausdifferenziert. Ergänzend wurde vor allem festgehalten, dass nahezu 100% der Erkrankten, welche die vierte Phase erreichten, innerhalb von drei Jahren sterben würden. Das Erkrankungsbild wurde dabei ausgiebig auf die dann zumal vorhandenen Informationen der Eidg. Kommission für AIDS-Fragen, des Bundesamtes für Gesundheitswesen und der klinischen Wissenschaften abgestellt. Der Krankheitswert wurde ab Eintritt des Virus in den Körper unabhängig davon bejaht, ob die Viren bereits diagnostisch festgestellt werden können¹⁴³.

Diese Rechtsprechung war unter anderem in der sozialversicherungsrechtlichen Literatur auf Kritik gestossen: Es wurde in Abrede gestellt, dass bereits der positive Serostatus als Krankheit bezeichnet werden könne, zumal kein genügender kausaler Zusammenhang mit dem Ausbruch der Krankheit Aids bestehe. Bei der Beschreibung des Verlaufs der HIV-Infektion stelle das Eidg. Versicherungsgericht zwar fest, dass nach dem Abheilen der akuten Infektion eine Latenzphase ohne Krankheitssymptome von in der Regel zwei bis fünf Jahren folge. Aus der Tatsache, dass abgesehen vom Vorhandensein des HI-Virus und der damit verbundenen Ansteckungsgefahr der Körper in der Latenzphase nicht geschädigt und in seiner Funktion nicht gestört sei, würden aber zu Unrecht keine rechtlichen Schlüsse gezogen¹⁴⁴. Es wurde insbesondere auch auf die Nachteile der Beurteilung für die Betroffenen hinsichtlich ihrer psychischen und sozialen Belastung, aber auch bzgl. des Arbeitsrechts und der versicherungsrechtlichen Vorbehalte, verwiesen, was den Vorteil einer Leistungspflicht in der Grundversicherung nicht aufwiege¹⁴⁵.

Das Bundesgericht setzte sich in einem sozialversicherungsrechtlichen Entscheid 1998 mit dieser Kritik auseinander und hielt an seiner Bewertung des HIV-positiven Serostatus fest, wobei es insbesondere folgenbezogen argumentierte: Die Indikation für die präventive Zielsetzung der antiretroviralen Therapie, die HIV-Replikation anhaltend und möglichst vollständig zu unterdrücken, sei bereits beim Nachweis einer HIV-Infektion gegeben. Die Position, eine frühe Behandlung der HIV-Infektion sei weder möglich noch geboten, lasse sich nicht halten, weshalb eine Leistungspflicht bzgl. der entsprechenden Behandlungen und damit die Bewertung des positiven Serostatus als Krankheit im Sinne einer funktionalen Betrachtung geboten sei¹⁴⁶.

¹⁴² Fallvignette A 001, S. 128.

¹⁴³ BGE 116 V 239, 241 f. (Urteil C 001).

¹⁴⁴ LEUZINGER-NAEF, S. 65 ff.

¹⁴⁵ KELLER, S. 20.

¹⁴⁶ BGE 124 V 118, 125 (Urteil C 003).

Dieses Bild bestätigt sich in Grundzügen in der strafrechtlichen Rechtsprechung bis heute, wobei neue Erkenntnisse Eingang in das Bild von HIV/Aids gefunden haben und auch die Verlängerungen der symptomlosen Phasen durch die Behandlungsmöglichkeiten Beachtung findet, ohne dass daraus normative Schlüsse gezogen würden.

So betont z.B. der Kassationshof des Freiburger Kantonsgericht in einem Urteil vom 19.6.1998¹⁴⁷, der HI-Virus sei in der ersten Phase, in der noch keine Antikörper gebildet werden, oft nur schwer zu entdecken, wobei diese Phase nicht mehr als sechs Monate daure. Die Krankheitssymptome in dieser Phase seien verschieden und wenig spezifisch¹⁴⁸.

Eine Differenzierung zwischen der sozialversicherungsrechtlichen und der strafrechtlichen Beurteilung von HIV wurde bislang in der Rechtsprechung nicht erwogen. Das Bundesgericht selber verweist aber zumindest in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht darauf hin, dass für die Bewertung der HIV-Positivität eine funktionale Betrachtung nötig sei¹⁴⁹.

Das gilt a fortiori generell für die Frage der rechtlichen Bewertung von HIV: Die Beurteilung von HIV als Krankheit in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht, um die entsprechenden Therapiebehandlungen über die Krankenversicherung zu decken, liesse sich vor diesem Hintergrund durchaus mit einer differenzierten Beurteilung des Krankheitswertes eines positiven HIV-Serostatus im strafrechtlichen Sinne kombinieren. Das gilt umso mehr, als die aktuellen hoch effektiven Antiretroviraltherapien in bestimmten Konstellationen dazu führen, dass die Viruslast weit unter die Nachweisgrenze fällt¹⁵⁰.

Insoweit erhält die Mitte der 1990er Jahre umstrittene Frage des Krankheitswertes eines positiven Serostatus neue Virulenz und eine neue Dynamik hinsichtlich des Verhältnisses von sozialversicherungsrechtlicher und strafrechtlicher Beurteilung von HIV/Aids. Im Sinne einer folgenorientierten und funktionalen Auslegung nach Sinn und Zweck sind die anerkannten Ziele der HIV-Prävention nämlich einzubeziehen, um die Frage des sozialversicherungs- und strafrechtlichen Bewertung der HIV-Positivität zu entscheiden:

Wenn eine wirksame Behandlung, wie heute bekannt, Voraussetzung ist, um die Viruslast und damit das Ansteckungsrisiko massiv zu senken, so müssen Anreize geschaffen werden, damit eine solche Behandlung möglichst aufgenommen und weiter geführt wird. Der HIV-Positivität muss also sozialversicherungsrechtlich krankheitswert zugeschrieben werden, soweit dies Voraussetzung für die Übernahme der entsprechenden Behandlungskosten durch das Sozialversicherungssystem darstellt.

Die Behandlung kann dazu führen, dass in strafrechtlicher Hinsicht der Krankheitswert der HIV-Positivität im Sinne von Art. 122 StGB (aber selbst nach Art. 123 StGB) brüchig wird, weil eine Viruslast an sich gar nicht (mehr) feststellbar wird und ein Ansteckungsrisiko real kaum mehr besteht.

¹⁴⁷ Fallvignette G 018, S. 127.

¹⁴⁸ Urteil Bundesgericht 6S.461/2005 vom 11.1.2006 (Urteil B 004).

¹⁴⁹ BGE 124 V 118, 125 (Urteil C 003).

¹⁵⁰ VERNAZZA et al., S. 163 ff.

Etwas zugespitzt liesse sich sagen, dass die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der HIV-Positivität als Krankheit gerade zu Voraussetzung dafür ist, dass im strafrechtlichen Sinne keine Krankheit mehr vorhanden ist und übertragen werden kann. Vor diesem Hintergrund ist die Frage der strafrechtlichen Beurteilung von ungeschützten sexuellen Handlungen von HIV-positiven Personen, deren Viruslast im nicht mehr nachweisbaren Bereich liegt, neu zu prüfen und zwar unabhängig davon, ob es sich um informierte oder nicht informierte Kontakte handelt und unabhängig von der sozialversicherungsrechtlichen Bewertung der HIV-Positivität.

6.2. Befunde zur Infektiosität und ihre strafrechtliche Bedeutung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung anerkennt, dass die Wahrscheinlichkeit der Infektion durch Sexualkontakte je nach Fallkonstellation gering oder gar sehr gering ist. So wird die Ansteckungswahrscheinlichkeit durch einen einmaligen ungeschützten Geschlechtsverkehr im Promillebereich angesiedelt. Selbst bei Vaginalverkehr in einer dauernden Partnerschaft wird anerkannt, dass von einer Infektionswahrscheinlichkeit von 0,3% auszugehen sei, bei Erstkontakten geht das Bundesgericht von einer Infektionswahrscheinlichkeit von 2-8% aus¹⁵¹.

Dogmatisch sind solche niedrigen Wahrscheinlichkeitsraten des Erfolgseintritts für Fahrlässigkeits- und Vorsatztatbestände hinsichtlich der Kausalität und für die Vorsatzdelikte zusätzlich hinsichtlich des Beweises des Eventualvorsatzes problematisch.

Das Bundesgericht spricht diesen wissenschaftlich erhärteten Ergebnissen in neueren Urteilen jede Bedeutung für den Vorsatz ab, und begründet damit mit Blick auf ungeschützte Sexualkontakte von Menschen mit HIV eine eigentliche „zero-risk-Doktrin“ bezüglich der HIV-Infektion, die so beim Schaffen anderer Gefahren bislang nicht vertreten wird: Dem HIV-Positiven, der ungeschützte Sexualkontakte mit einer anderen Person hat, wird so normativ unterstellt, er nähme die Verwirklichung des Risikos der Ansteckung und somit eine eventualvorsätzliche Tatbestandsverwirklichung in Kauf.

In BGE 125 IV 242 (254) führt das Bundesgericht idealtypisch aus:

Massgebend ist (vielmehr), dass jeder ungeschützte Sexualkontakt derjenige von vielen sein kann, der eine Virusübertragung zur Folge hat, so dass also jeder ungeschützte Sexualkontakt, mithin auch der erste und der einzige, die Gefahr einer Ansteckung in sich birgt¹⁵².

In BGE 131 IV 1, 6¹⁵³ wird ergänzt dass die vom Bundesgericht genannte statistische Infektionswahrscheinlichkeit von 0.3% eine mittlere Übertragungswahrscheinlichkeit je Sexualkontakt bei Vaginalverkehr in einer länger dauernden Partnerschaft darstelle. Die Übertragungswahrscheinlichkeit sei bei Analverkehr aber höher als bei Vaginalverkehr. Ergänzend wird angefügt, dass nach neueren Erkenntnissen die Wahrscheinlichkeit der Übertragung bei den ersten Sexualkontakten höher ist, während sie später sinkt, möglicherweise zurückzuführen auf eine zelluläre Immunantwort.

¹⁵¹ BGE 131 IV 1, 6 (Fallvignette A 005, S. 119).

¹⁵² BGE 125 IV 242, 254 (Fallvignette A 003, S. 124).

¹⁵³ Fallvignette A 005, S. 119).

Das Bundesgericht anerkennt also, dass die Übertragungswahrscheinlichkeit von HIV durch sexuelle Kontakte je nachdem gering oder sogar verschwindend minim ist. Normative Relevanz wird dieser Tatsache aber nicht beigemessen.

6.3. Im Besonderen: die strafrechtliche Relevanz der neuen Empfehlungen für serodifferente Paare in festen Partnerschaften

Vor dem Hintergrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse¹⁵⁴ hält die Eidg. Kommission für Aids-Fragen (EKAF) fest, dass ein serodifferentes Paar¹⁵⁵ in einer festen Partnerschaft unter drei Voraussetzungen auf weitere Schutzmassnahmen bei sexuellen Kontakten (Kondom) verzichten kann, weil keine real feststellbare Ansteckungsgefahr besteht:

- die antiretrovirale Therapie beim HIV-positiven Partner muss seit mindestens sechs Monaten die Viren im Blut so unterdrücken, dass diese nicht mehr nachgewiesen werden können,
- die Therapie muss durch den Patienten konsequent eingehalten werden und durch den Arzt regelmässig kontrolliert werden und
- der HIV-positive Partner darf nicht von anderen sexuell übertragbaren Krankheiten betroffen sein.

Der Entscheid obliegt gemäss der Empfehlung dem HIV-negativen Partner¹⁵⁶. Für Gelegenheitsbegegnungen und bei neuen Partnerschaften gelten weiterhin die Safer Sex-Regeln¹⁵⁷. Die EKAF empfiehlt konkret, dass bei neuen Partnerschaften nach drei Monaten konsequentem Schutz und gegenseitiger Treue ein Bilanztest gemacht werden soll. Danach könne – unter den genannten Voraussetzungen – und bei verbindlichen Abmachungen bzgl. des Schutzes bei Drittbeziehungen – auf das Kondom innerhalb der festen Partnerschaft verzichtet werden¹⁵⁸.

Die neuen Befunde machen in objektiver Hinsicht deutlich, dass HIV-infizierte Personen unter wirksamer Therapie ohne andere Geschlechtskrankheiten als sexuell nicht infektiös gelten, da und insoweit die Viruslast seit längerer Zeit (gemäss EKAF: 6 Monate) unter der Nachweisgrenze liegt.

Kommt es durch HIV-infizierte Menschen trotzdem zu einer Ansteckung - im Rahmen von festen serodifferenten Partnerschaften oder im Rahmen von Drittbeziehungen- so stellt sich – ausser es liege ein objektiver Beweis der Verwandtschaft der Virus-Stämme vor, die Frage der adäquaten Kausalität¹⁵⁹. Diese fehlt dann, wenn eine Konstellation vorliegt, in der der ungeschützte Geschlechtsverkehr

¹⁵⁴ Vgl. VERNAZZA et AL. S. 165 ff. mit weiteren Hinweisen.

¹⁵⁵ Das bedeutet, dass der eine Partner HIV-infiziert und der andere HIV-negativ ist.

¹⁵⁶ VERNAZZA PIETRO et al., S. 167 f.

¹⁵⁷ Kurz zusammen gefasst: Eindringen immer mit Gummi, kein Sperma oder Blut in den Mund.

¹⁵⁸ Eidgenössische Kommission für Aids-Fragen. Zusammenfassung: Ärztinnen und Ärzte erhalten „good news“ für ihre PatientInnen mit antiretroviraler Therapie – für Bevölkerung und Zielgruppen ändert sich nichts an der HIV-Prävention! Medienmitteilung vom 30. Januar 2008.

¹⁵⁹ Adäquate Kausalität ist zu bejahen, wenn eine Tathandlung „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung“ geeignet ist, einen Erfolg in der Art des eingetretenen zu bewirken.

von HIV-infizierten Menschen vor dem Hintergrund der neuen wissenschaftlichen Befunde nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht (mehr) geeignet ist, eine Ansteckung zu bewirken.

Im Weiteren ist klar, dass, entsprechend der bisherigen Praxis zu den Safer Sex-Regeln, nur das Schaffen eines unerlaubten Risikos tatbestandsmässig sein kann¹⁶⁰. Wo serodifferente Paare im Rahmen der neuen Empfehlungen sexuellen Verkehr ohne Schutz haben, entfällt jeden Fall im Sinne des erlaubten Risikos jede Strafbarkeit. Das gilt sinngemäss auch hinsichtlich Art. 231 StGB (siehe unten).

Die neuen Befunde bzgl. sexueller Infektiosität bringen zum Ausdruck, dass die antiretroviralen Therapien im Verlaufe der letzten Jahre massive Fortschritte gemacht haben und langfristig die Viruslast unter die Nachweisgrenze drücken können. Die Kausalkette „HI-Ansteckung - Ausbruch der Immunschwäche Aids - Tod“ wurde damit nicht nur zeitlich gedehnt, sondern insgesamt deutlich brüchiger und unwahrscheinlicher. Die bisherige Begründung der schweren Körperverletzung mit der Lebensgefahr (Art. 122 Abs. 1 StGB) durch die HIV-Ansteckung ist dadurch zusätzlich in Frage gestellt. Die Lehre hat schon seit längerem vorgeschlagen, wenn schon, eine schwere Körperverletzung wegen der dauernden und irreversiblen Beeinträchtigung der Gesundheit (Art. 122 Abs. 2 StGB), die mit der physischen und psychischen Belastung einer HIV-Infektion zusammenhängt, anzunehmen. Die Gerichtspraxis ist dem bisher nicht gefolgt¹⁶¹. Die Verbesserung der antiretroviralen Therapie, die Grundlage für die neuen Befunde der EKAF ist, verdeutlicht die Notwendigkeit die bundesgerichtliche Praxis in diesem Punkt- bei allen Konstellationen der Übertragung des HI-Virus durch sexuelle Kontakte zu überprüfen.

Im Lichte der bisherigen strengen bundesgerichtlichen Praxis ist davon auszugehen, dass in Fällen, wo der HIV-Infizierte die ärztlichen Therapievorgaben oder die ärztlich empfohlene Wartefrist für den Sexualkontakt ohne Kondom in Partnerschaften nicht einhält, weiterhin von Vorsatz ausgegangen werden wird. Das ist letztlich ein Beweisfrage: Der Vorsatz entfällt insoweit, wenn nach dem Beweisergebnis feststeht, dass der Angeschuldigte davon ausgegangen ist, er gehöre zur Kategorie der Personen, die sexuell nicht infektiös sind. In diesem Fall wird er gemäss Art. 13 Abs. 1 StGB (sog. Sachverhaltsirrtum) nach dieser seiner Vorstellung beurteilt, was bedeutet, dass der Vorsatz entfällt. Das ist grundsätzlich auch in Fällen möglich, wo objektiv die supprimierte Virämie, also die nicht mehr nachweisbare Viruslast, seit weniger als sechs Monaten vorliegt. In diesen Fällen ist aber eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit (Art. 125 StGB) möglich, wo der Täter den Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermeiden können (Art. 13 StGB).

In Konstellationen, wo ungeschützter Geschlechtsverkehr stattfindet, ohne dass es zu einer Ansteckung kommt, oder wo - gemäss Beweisergebnis - die Ansteckung durch Drittfaktoren erfolgt bzw. erfolgt sein kann, fehlt es am objektiven Tatbestand, ist aber nach geltender Rechtslage eine Verurteilung wegen versuchter Körperverletzung denkbar (Art. 22 StGB). Wo in diesen Fällen der Täter fälsch-

¹⁶⁰ Vgl. dazu allgemein BGE 129 IV 282; BGE 117 IV 61 f.

¹⁶¹ Vgl. ROTH/BERKEMEIER, Art. 122 N 15 mit weiteren Hinweisen.

licherweise angenommen hat, er sei HIV-infiziert, so liegt ebenfalls ein (sog. untauglicher) Versuch vor¹⁶².

Da die Bestrafung wegen Versuch zu einem Delikt immer zur Voraussetzung hat, dass der Angeeschuldigte vorsätzlich handelt, ist in Fällen von ungeschütztem Geschlechtsverkehr in Fällen, wo der HIV-Infizierte keine anderen sexuell übertragbaren Erreger aufweist und unter wirksamer antiretroviraler Therapie steht, eine Verurteilung wegen Versuch ausgeschlossen.

7. Der Diskurs um Prävention und Public Health in den Urteilen, insb. AIDS-Beratungs- und Präventionskonzept der doppelten Verantwortung in der Strafrechtspraxis

Ziele der schweizerischen Aids-Politik sind seit Mitte der 1990er Jahre die Minimierung der Anzahl von Neuinfektionen, die Verhinderung der Stigmatisierung der Betroffenen und eine bedürfnisgerechte Krankenversorgung¹⁶³. Die Mittel dazu bilden die STOP-AIDS-Kampagnen und zielgruppenspezifische Information und Beratung¹⁶⁴. Das Präventionsmodell basiert auf der doppelten Verantwortung sowohl der HIV-positiven als auch der HIV-negativen Bevölkerung generell, aber auch im konkreten Falle sexueller Kontakte¹⁶⁵. Diese „new Public Health-Strategie“¹⁶⁶ basiert der Lernfähigkeit der Individuen, was verantwortliches Verhalten aller Menschen und die Nichtausgrenzung der von HIV/Aids Betroffenen zwingend notwendig macht¹⁶⁷.

Die Frage der Prävention stellt sich einerseits im Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlich geprägten epidemienrechtlichen Umgang mit HIV/Aids¹⁶⁸, genau so aber auch bezüglich der strafrechtlichen Bearbeitung, insbesondere im Zusammenhang mit dem Art. 231 StGB als Gemeingefährungsdelikt, das als strafrechtliche Flanke des Epidemienrechts betrachtet werden kann¹⁶⁹.

Das Bundesgericht geht wie dargestellt hinsichtlich Art. 122 StGB bei informierten, ungeschützten Sexualkontakten bei Tatherrschaft des Betroffenen von einer Selbstgefährdung aus, welche die Strafbarkeit des HIV-positiven Partners insoweit ausschliesst. Darin kommt das Prinzip der Eigenverantwortung und der Opfermitverantwortung zum Ausdruck, das letztlich auch dem Präventionskonzept bzgl. HIV/Aids¹⁷⁰ entspricht.

Bzgl. Art. 231 StGB wird auf der anderen Seite dem „informed consent“ – wenig konsequent – keinerlei Bedeutung zugemessen und die Strafbarkeit des HIV-positiven durch die Zustimmung zum ungeschützten Sexualakt nicht geschmälert. Wollte man die Idee der Doppelverantwortung insoweit konsequent anwenden, so müssten – wenn schon – bei einvernehmlichen ungeschützten Sexualkontakten beide Partner verurteilt werden wegen Verbreitung einer gefährlichen Krankheit. Beide wirken

¹⁶² Urteil BGer 6S.358/2003 vom 27. 10. 2004 (Urteil B 003).

¹⁶³ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (HIV/Aids-Programm), S. 51.

¹⁶⁴ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, (HIV/Aids-Programm), S. 18 ff.

¹⁶⁵ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, (HIV/Aids-Programm), S. 53.

¹⁶⁶ Vgl. SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, N 20.

¹⁶⁷ PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 69; BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, (HIV/Aids-Programm), S. 10.

¹⁶⁸ Vgl. dazu nachstehend Kapitel IV Der „new Public Health-Ansatz“ zur Bekämpfung der HIV-Infektion, S. 53 ff.

¹⁶⁹ Siehe auch NIGGLI, S. 3 ff.

¹⁷⁰ Vgl. BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, HIV/Aids-Programm.

nämlich an der Übertragung des Virus mit und erhöhen somit das Risiko einer Drittübertragung. Das gilt insoweit auch für das Opfer, da es selber im Moment der Risikoübernahme nicht wissen kann, ob und wie verantwortungsbewusst es sich nach einer allfälligen Ansteckung verhalten wird. Da eine solche Praxis stossend wäre und zu einem überschüssenden Einsatz von Strafrecht führen würde, ist umgekehrt ein Einsatz von Art. 231 StGB nur für den seroposiven Partner um so weniger angezeigt.

8. Kriminalpolitische Einbettung der Rechtsprechung

Das Festhalten am Lebensgefahr-Dogma bzgl. Art. 122 Abs. 1 StGB ist, wie die wenig flexible Rechtsprechung zu Art. 231 StGB, geprägt von der Idee von HIV/Aids als Ausnahmephänomen¹⁷¹.

Die Rechtsprechung hat auch nach 20 Jahren nicht oder nur sehr beschränkt die Normalisierung im Zusammenhang mit HIV/Aids berücksichtigt und insoweit den Einsatz von Strafrecht zurückgenommen¹⁷².

Kriminologisch bietet sich an, diesen erklärungsbedürftigen strafrechtlichen Umgang mit HIV/Aids im Lichte des allgemeinen kriminalpolitischen Umfeldes der letzten 20 Jahre zu betrachten: Dieses ist geprägt von einem spätmodernen Strafdiskurs¹⁷³, der insbesondere die Resozialisierungsidee im Strafrecht zu Gunsten generalpräventiver Strafzwecke in ihrer Bedeutung zurück drängt.

Kernelemente dieser Entwicklung der gesellschaftlichen Strafkultur sind zunächst der *Bedeutungsverlust des sozialstaatlich fundierten Verständnisses für strafrechtlich relevante Verhaltensweisen*. Bezogen auf von HIV betroffene Personen ist dies in der Rechtsprechung zum Teil dort sichtbar, wo trotz widrigsten persönlichen Umständen und ohne weitere Begründung Vorsatz und Schuld der HIV-positiven Person angenommen werden¹⁷⁴ und verminderte Zurechnungsfähigkeit oder gar Unzurechnungsfähigkeit wie dargestellt nur sehr selten zur Anwendung gelangen¹⁷⁵.

Im Weiteren spiegelt sich im strafrechtlichen Umgang mit HIV auch die Akzentverschiebung bezogen auf die Wahrnehmung von Opferschaft vom individuellen Opfer und seinen Bedürfnissen zu einer generalisierten allgemeinen oder *virtuellen Opferschaft*: Im Zentrum der kriminalpolitischen Wahrnehmung stehen also beim Einsatz von Strafrecht ganz generell immer weniger die konkret Beteiligten als vielmehr die virtuelle Betroffenheit der Beobachtenden¹⁷⁶.

Dazu kommt, dass immer weniger der konkrete namentlich präventive Nutzen von Strafrecht gesucht wird, sondern vielmehr dessen *symbolische Bedeutung*, die oft als „positive Generalprävention als Strafzweck“ umschrieben wird: Mit dem Einsatz von Strafrecht wird staatliche Problembewältigungskapazität suggeriert, die verängstigte Zuschauerschaft beruhigt und so letztlich Legitimation und Stabilisierung staatlicher Herrschaft gesucht. Es geht um eine Umorientierung von Strafrecht von der Nütz-

¹⁷¹ ROSENBROCK et al., S. 7 ff.; NIGGLI, S. 3 f.

¹⁷² So auch NIGGLI, S. 3 f.

¹⁷³ Siehe dazu ausführlich MÖSCH PAYOT, S. 67 ff.

¹⁷⁴ Siehe Kapitel III.4 Die Übertragung von HIV zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 37.

¹⁷⁵ Siehe Kapitel II.2.3 Sanktionierung und Strafmass, S. 25.

¹⁷⁶ MÖSCH PAYOT, S. 90 ff.; KUNZ, Kriminalpolitik, S. 12 ff.

lichkeit zur Eindringlichkeit. Dabei werden rechtsstaatliche Beschränkungen des Strafrechts genau so gefährdet, wie dessen Bindung an konkrete gesellschaftliche Nutzenstiftung, zum Beispiel im Sinne der Prävention¹⁷⁷.

Gleichzeitig wird im spätmodernen Strafdiskurs und in dessen medialer Aufbereitung auf Sachverhalte fokussiert, die einem bestimmten simplifizierten Opfer-Täter-Schema entsprechen: Das Täterbild ist geprägt vom bösen, meist männlichen, fremdartigen Menschen, dem gegenüber wird das Opfer als schutzlos ausgelieferte Persönlichkeit inszeniert¹⁷⁸. Strafrecht erscheint so als Regulativ im Kampf zwischen Gut und Böse, zwischen uns und den anderen, man spricht in der Kriminologie von einer Entwicklung hin zu einem Feindstrafrecht¹⁷⁹.

Vor diesem allgemeinen kriminalpolitischen Hintergrund überrascht es wenig, das zum Beispiel

- alle präventionsbezogenen und dogmatischen Argumente, die gegen die Anwendung von Art. 231 StGB sprechen, bislang nicht dazu führen konnten, Art. 231 StGB fast unbeschränkt auf sexuelle Kontakte mit HIV anzuwenden, selbst dann, wenn keine reale Gefahr für Dritte aus ungeschützten Sexualkontakten ersichtlich ist,
- die Rechtsprechung gegen alle Anfechtungen, aber ohne weitere Begründung, am Lebensgefahr-Paradigma des HIV-positiven Serostatus festhält,
- trotz minimaler Ansteckungswahrscheinlichkeit Vorsatz und Kausalität zwischen ungeschützten sexuellen Handlungen und einer Ansteckung bejaht werden.

Der spätmoderne Strafdiskurs ist aber andererseits geprägt vom Paradigma der individuellen Verantwortung und der ökonomisch begründeten Selektionierung des Einsatzes von Strafrecht¹⁸⁰. Diese Entwicklungen stehen in einem Spannungsverhältnis zu den vor genannten kollektiv bezogenen Phänomenen und bietet für einen rationalen Umgang mit HIV/Aids einige Chancen. Das Grundprinzip der geteilten Verantwortung in der HIV-Prävention müsste vor diesem Hintergrund an sich auf gute gesellschaftliche Resonanz stossen können. Namentlich Argumente der Selbstverantwortung, z.B. bei ungeschützten Kontakten, ohne dass das Thema HIV/Aids thematisiert wird, könnten auf fruchtbaren Boden fallen und für die rationale Rücknahme von Strafrecht genutzt werden.

Andererseits ist nicht auszuschliessen, dass sich die Idee des Feindstrafrechts mit derjenigen der Selbstverantwortung unheilig verbinden, und so einseitige und weitgehende Sorgfalts- und Aufklärungspflichten legitimiert werden. Es ist zu hoffen, dass insoweit BGE 134 IV 193¹⁸¹ eine Ausnahme darstellt und nicht als Fanal wirkt für eine massive strafrechtliche Aufrüstung gegen HIV/Aids-Betroffene oder potentiell Betroffene¹⁸².

¹⁷⁷ KUNZ, Kriminologie, S. 318 ff. mit weiteren Hinweisen; MÖSCH PAYOT, 96 f.; grundlegend HASSEMER, S. 553 ff.

¹⁷⁸ KUNZ, Kriminologie, S. 320 f.; CHRISTIE, S. 1 ff.;

¹⁷⁹ CLASTER, 1 ff.; JAKOBS, S. 41 ff.

¹⁸⁰ MÖSCH PAYOT, S. 100 ff.; GARLAND, S. 117 ff.;

¹⁸¹ Fallvignette A 006, S. 111.

¹⁸² Kritisch auch BACHMANN.

IV. Der „new Public Health-Ansatz“ zur Bekämpfung der HIV-Infektion

1. Die epidemienrechtliche Ausgangslage

Das (noch) geltende Epidemiengesetz (EpG) stützt sich auf Art. 118 Abs. 2 lit. b der Bundesverfassung (BV) und stammt aus dem Jahre 1970. In Art. 1 EpG werden Bund und Kantone verpflichtet, die nötigen Massnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu treffen. Art. 2 EpG definiert u.a. den Begriff der übertragbaren Krankheit. Übertragbare Krankheiten sind durch Erreger verursachte Krankheiten, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden können. Im Weiteren weist das Gesetz bestimmte Aufgaben dem Bund (Art. 3-10 EpG) und den Kantonen (Art. 11-26 EpG) zu. Spitäler, Ärzte und Labors trifft eine Meldepflicht übertragbarer Krankheiten (Art. 27 EpG). Der Bund ist namentlich für die Information (Art. 3 EpG) der Bevölkerung und die Oberaufsicht und Koordination zuständig (Art. 9 EpG) während die Kantone die Durchführung eigentlichen gesundheitspolizeilichen Massnahmen durchzuführen haben¹⁸³.

Mit dem Auftreten von HIV/Aids in den 80iger Jahren wurde die Frage virulent, inwieweit sich epidemienrechtlicher Massnahmen als Mittel im Kampf gegen die HIV-Epidemie eignen. Dabei war und ist unbestritten, dass die HIV-Infektion als solche unter den Krankheitsbegriff des EpG fällt¹⁸⁴. Weit weniger unbestritten war indes, ob Art. 3 EpG eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Aids-Präventionskampagne des Bundes darstellt. Umstritten war weiter, inwieweit sich die im EpG vorgesehenen gesundheitspolizeilichen Massnahmen zur HIV-Infektionsbekämpfung eignen. Zudem musste geklärt werden, ob zur Überwachung der Epidemie die namentliche Erfassung der HIV-Träger/innen notwendig ist.

2. Die Entscheidung für einen „new Public Health Ansatz“

2.1. Ablehnung gesundheitspolizeilicher Zwangsmassnahmen

Das EpG sieht in den Art. 15 bis 21 verschieden Zwangsmassnahmen (ärztliche Überwachung, Absonderung, Untersuchung, Verbot bestimmter Tätigkeit oder Berufe) vor. Solche Zwangsmassnahmen stellen Mittel der klassischen Seuchenbekämpfung dar¹⁸⁵. Weiter sieht das EpG die obligatorische Untersuchung von Personen vor, die bestimmte Tätigkeiten oder Berufe ausüben (Art. 19 Abs. 2 EpG). Diese Massnahmen dienen der Krankheitsbekämpfung und -verhütung, und zwar sowohl dem Schutz der gesunden Bevölkerung, als auch dem Schutz der Kranken und Infizierten. Zumindest zu Beginn der HIV-Epidemie wurde der Einsatz solcher Instrumente von verschiedener Seite gefordert. Diskutiert wurden die Isolation von an AIDS erkrankten Personen, die obligatorische HIV-Testung und die so genannte Partner Notifikation (Mitteilung des HIV-Befundes an den oder die Sexualpartner/innen des Patienten oder der Patientin)¹⁸⁶. Aus juristischer Sicht wurde eingewendet, solche Zwangsmassnahmen würden die Grundrechtsphären der von HIV/Aids betroffenen Menschen verlet-

¹⁸³ SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, N 31.

¹⁸⁴ PEDRAZZINI, S. 62 ff.; ZENGER, S. 101 ff.; MÜLLER (Zwangsmassnahmen), S. 57.

¹⁸⁵ ROOS/KOLLER, S. 10.

¹⁸⁶ ROTH, S. 15 ff. Zur Partnernotifikation siehe insbesondere: ZENGER, S. 33.

zen; alle individuellen Massnahmen gegen die HIV-Infektion hätten den Anforderungen an Grundrechtseingriffe zu genügen¹⁸⁷. Für auf das Epidemiengesetz gestützte Grundrechtseingriffe in verfassungsmässige Freiheitsrechte gelten die üblichen verfassungsmässigen Voraussetzungen von Einschränkungen der Grundrechte, wie insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip¹⁸⁸.

Das geltende Epidemiengesetz sieht in Art. 35 EpG eine Strafbestimmung vor. So kann mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bestraft werden, wer sich vorsätzlich oder fahrlässig angeordneten Untersuchungs- und Absonderungsmassnahmen entzieht (Art. 35 Abs. 1 lit. a und c EpG) oder wer Erreger in den Verkehr bringt ohne den Abnehmer so zu informieren und anzuweisen, dass dieser beim Umgang mit den Erregern den Menschen nicht gefährdet (Art. 35 Abs. 1 lit. h EpG). Die Anwendung der epidemienrechtlichen Strafbestimmungen steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass keine schwere Straftat nach StGB vorliegt. Art. 231 StGB geht deshalb den Tatbeständen von Art. 35 Abs. 1 und 2 vor¹⁸⁹.

Sehr rasch setzte sich indes in der Schweiz die Auffassung durch, die HIV-Epidemie lasse sich mit den klassischen Mitteln der Seuchenbekämpfung nicht erfolgreich bekämpfen¹⁹⁰. Eine solche hätte erfordert, alle Infizierten festzustellen und von der übrigen Gesellschaft zu isolieren¹⁹¹. Zu verfassungsrechtlichen Bedenken¹⁹² kamen ganz praktische Einwände der enormen Kosten und des unsicheren Erfolgs dieser Strategie¹⁹³. Dem klassischen Seuchenmodell der Krankheitsbekämpfung wurde ein Lern- oder Verantwortlichkeitsmodell gegenübergestellt¹⁹⁴. Rolf Rosenbrock formuliert diese beiden Handlungsalternativen folgendermassen:

„Auf der einen Seite stand die klassische Seuchenstrategie nach dem „old public health“ Paradigma, die individuelle Suchtstrategie, im amerikanischen Sprachgebrauch „control and containment“. Sie steht unter der Leitfrage: Wie ermitteln wir möglichst schnell möglichst viele Infektionsquellen, und wie legen wir diese still? Ihr gegenüber stand die auf „new public health“, also auf moderne gesundheitswissenschaftliche Konzepte gegründete gesellschaftliche Lernstrategie, im amerikanischen Sprachgebrauch „inclusion and cooperation“. Sie sucht und realisiert Antworten und möglichst zeitstabil gesellschaftliche Lernprozesse, mit denen sich Individuen, soziale Gruppen, Institutionen und die gesamte Gesellschaft maximal präventiv und ohne Diskriminierung der Betroffenen ein Leben mit dem bis auf weiteres unausrottbaren Virus einstellen können?“¹⁹⁵.

¹⁸⁷ HALLER, S. 57 ff.; PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, S. 82 ff, insbes. S. 85; ROTH, S. 29 ff.

¹⁸⁸ HALLER, S. 64 f.; MÜLLER (Zwangsmassnahmen), S. 78 ff.

¹⁸⁹ NIGGLI (Gutachten), S. 31.

¹⁹⁰ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, N 232; BUNDESAMT GESUNDHEIT (HIV/Aids-Programm), S. 10 FÜR.

¹⁹¹ SOMAINI, S. 19.

¹⁹² ROTH, S. 25 ff.; HALLER, S. 57 ff.

¹⁹³ SOMAINI, S. 20.

¹⁹⁴ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, N 292; BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (HIV/Aids-Programm), S. 10.

¹⁹⁵ ROSENBRÖCK, S. 113.

2.2. Die Entscheidung für das Primat der Prävention, Information und Beratung

Ziele der schweizerischen Aids-Politik waren und sind die Minimierung der Anzahl von Neuinfektionen, die Verhinderung der Ausgrenzung und eine bedürfnisgerechte Krankenversorgung¹⁹⁶. Die Mittel dazu bildete(n) die Präventionsbotschaft für die ganze Bevölkerung (STOP-AIDS-Kampagne) ergänzt durch die zielgruppenspezifische Information, Motivation sowie individuelle Prävention und Beratung¹⁹⁷. Dabei wird an die Verantwortung sowohl der HIV-positiven wie der HIV-negativen Bevölkerung appelliert¹⁹⁸.

Die Präventionskampagnen wie die zielgruppenspezifische Prävention sind *grundsätzlich* epidemienrechtlich abgestützt (Art. 3 EpG)¹⁹⁹. Soweit die Kampagnen eine eigentliche staatliche Lenkung des Verhaltens der Bürgerinnen und Bürger beabsichtigen, stellen sich Fragen nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit²⁰⁰. In der Lehre wird argumentiert, das Grundrecht auf persönliche Freiheit werde durch die Präventionskampagnen nicht oder nur geringfügig berührt²⁰¹. Soweit indes die Verhaltensempfehlungen als Ersatz für klassische epidemienrechtliche Massnahmen dienen, wird bezweifelt, dass Art. 3 EpG noch als formelle Gesetzesgrundlage ausreicht²⁰².

2.3. Die HIV-Infektion als meldepflichtige Krankheit

Ein funktionierendes Überwachungssystem bildet eine wichtige Säule der Infektionskontrolle. Dabei geht es sowohl darum, den Beginn wie den Verlauf einer Epidemie zu erkennen und zu kontrollieren²⁰³. Art. 27 EpG verleiht dem Bundesrat die Kompetenz zur Verankerung von Meldepflichten über gesundheitsrelevante Daten. Die so genannte Melde-Verordnung (MeldV) konkretisiert die in Art. 27 EpG den Ärzten, Spitälern und Laboratorien auferlegte Pflicht zur Meldung von übertragbaren Krankheiten²⁰⁴. Die Meldepflichten bezwecken sowohl die Früherfassung von Krankheitsausbrüchen wie die epidemiologische Überwachung übertragbarer Krankheiten sowie die fortlaufende Bewertung von vorbeugenden Massnahmen²⁰⁵. In der „Verordnung des Eidg. Departements des Innern (EDI) über Arzt- und Labormeldungen“²⁰⁶ werden die meldepflichtigen Beobachtungen übertragbarer Krankheiten sowie Meldekriterien und Meldefristen definiert und bestimmt (Art. 1 VO-EDI Arzt- und Labormeldungen). Bei einer Erstmeldung durch eine Ärztin oder einen Arzt werden lediglich das Geschlecht, das Geburtsdatum, der Wohnort, der erste Buchstabe des Vornamens und die Anzahl Buchstaben des-

¹⁹⁶ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (HIV/Aids-Programm),, S. 51.

¹⁹⁷ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (HIV/Aids-Programm),, S. 18 ff.

¹⁹⁸ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (HIV/Aids-Programm),, S. 53.

¹⁹⁹ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, N 294; SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, N 27; MÜLLER (Zwangsmassnahmen), S. 65; BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (HIV/Aids-Programm), S. 15.

²⁰⁰ Siehe dazu die Dissertation von NÜTZI, S. 52-54 und S. 105 ff.

²⁰¹ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, N 296.

²⁰² SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, N 27.

²⁰³ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, N 270.

²⁰⁴ Melde-Verordnung vom 13. Januar 1999 (SR 818.141.1).

²⁰⁵ SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, N 61.

²⁰⁶ Verordnung des EDI über Arzt- und Labormeldungen (SR 818.141.11).

selben angegeben²⁰⁷ (Art. 6 lit. C MeldV) sofern nicht eine nach der VO-EDI personenidentifizierende Meldung verlangt ist.

In Anhang I der VO-EDI sind diejenigen Krankheiten aufgeführt, bei denen Ärzte und Ärztinnen immer personenidentifizierende Meldungen machen müssen. In dieser Liste finden sich Krankheiten wie Malaria, Diphtherie oder Tollwut jedoch nicht die HIV-Infektion. Weder Laboratorien noch Ärzte und Ärztinnen müssen demnach den zuständigen Stellen die Personalien von Patienten/innen mit positiver Diagnose melden.

2.4. Fortführung bewährter Grundsätze unter veränderten Voraussetzungen

Seit einigen Jahren wird die Öffentlichkeit durch Meldungen über eine ansteigende Zahl von Neuinfektionen aufgeschreckt²⁰⁸. Besonders betroffen sind schwule Männer und Männer, die mit Männern Sex haben²⁰⁹. Seit 2007 proklamiert und unterstützt das Bundesamt für Gesundheit (BAG) deshalb das sogenannte „Voluntary Counselling and Testing (VCT)“. VCT bezeichnet eine international anerkannte HIV-Präventions-Intervention an Individuen, die mittels einer einheitlich strukturierten Kombination von HIV-Beratung und -Testung zur Verminderung von HIV-Übertragungsrisiken durch verbessertes Schutzverhalten führen soll²¹⁰. Auch bei diesen Interventionen wird bewusst auf den Einsatz von Zwangsmitteln verzichtet. Ein HIV-Test erfolgt ausschliesslich bei Vorliegen des freiwilligen und informierten Einverständnisses der Klientin bzw. des Klienten zum Test. Ausdrücklich hält das BAG im VCT-Papier fest, dass die Klienten und Klientinnen vorgängig über die medizinischen und rechtlichen Folgen des Tests zu informieren sind²¹¹. Weiter wird die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften betont²¹².

2.5. Kritik am Verzicht auf gesundheitspolizeiliche Massnahmen

Die Grundentscheidung für eine nicht repressive epidemienrechtliche Reaktion auf die HIV/Aids-Epidemie war insbesondere in den ersten Jahren nicht gänzlich unumstritten. Namentlich aus Kreisen des 1989 gegründeten Vereins „AIDS-Aufklärung Schweiz“ wurde mit Vehemenz die konsequente Anwendung bewährter (gemeint waren die klassischen seuchenpolizeilichen Instrumente) gefordert²¹³. Kritisiert wurde an der offiziellen Aidspolitik, dass diese die individuelle Freiheit höher bewerte als die Verantwortung für Mitmenschen und Gesellschaft²¹⁴. Befürchtet wurde insbesondere, ohne Einsatz der klassischen seuchenpolizeilichen Instrumente könne die Epidemie nicht eingedämmt werden²¹⁵.

Differenziert setzte sich MARKUS MÜLLER im Jahre 1993 gestützt auf seine Dissertation zu den Zwangsmassnahmen nach dem Epidemiengesetz mit dem Stellenwert epidemienrechtlicher Mass-

²⁰⁷ Siehe auch Meldeformular 2009: http://www.bag-anw.admin.ch/infreporting/forms/d/labor_d.pdf (Zugriff: 17.2.2009).

²⁰⁸ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (HIV/Aids-Programm), S. 7.

²⁰⁹ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (HIV/Aids-Programm), S. 36.

²¹⁰ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (Empfehlungen), S. 4.

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (Empfehlungen), S. 5.

²¹² BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (Empfehlungen), S. 5.

²¹³ Siehe die Internetseite des Vereins AIDS-Aufklärung Schweiz; <http://www.aids-info.ch> und <http://www.hiv-net.org>

²¹⁴ STEINKE/BARBEN/DELMORE, S. 14.

²¹⁵ PEDRAZZINI, S. 64; STEINKE/BARBEN/DELMORE, S. 17.

nahmen als Mittel gegen vorsätzliche HIV-Ansteckungen auseinander²¹⁶. MÜLLER kritisiert den Einsatz des Strafrechts gegen die HIV-Übertragung, er erachtet die delikts- und krankheitspräventive Wirkung des Strafrechts als gering²¹⁷, insbesondere deshalb, weil Strafrecht nur reaktiv sei, während die Massnahmen nach dem Epidemienrecht proaktive Wirkung erzeugen könnten²¹⁸. MÜLLER will die Zwangsmittel des Epidemienrechtes bei Personen mit asozialen Verhaltenstendenzen einsetzen; die kantonalen Gesundheitsbehörden könnten so voraussehbar ansteckungsrelevante Verhaltensweisen wirksam unterbinden²¹⁹. Als geeignete Massnahme erachtet der Autor insbesondere das verordnete „Aufklärungs- und Informationsgespräch“. Dabei soll auch auf die Strafrechtsrelevanz von asozialem, bewusst drittgefährdendem Verhalten hingewiesen werden. Im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips gehe diese Massnahme strengeren Eingriffen wie der ultima ratio einer Internierung vor²²⁰. Unabdingbare Voraussetzung eines erfolgreichen Einsatzes epidemienrechtlicher Massnahmen ist gemäss MÜLLER die Kenntnis der zuständigen kantonalen Gesundheitsbehörde über drittgefährdendes Verhalten bzw. entsprechende Verhaltenstendenzen. Eine Pflicht zur Information haben gemäss Art. 28 Abs. 2 EpG lediglich Ärzte und Ärztinnen²²¹.

Mit seinem Plädoyer für den verstärkten Einsatz epidemienrechtlicher Zwangsmittel übte der Autor auch implizit Kritik an den Gesundheitsbehörden, die auf solche Massnahmen mangels Eignung gerade bewusst verzichten wollten²²². Dem Autor ist zugute zu halten, dass er die Problematik strafrechtlicher Sanktionen klar erkannt hat und für den Vorrang eines epidemienrechtlichen Zugangs plädierte. Seine Ausführungen über das verordnete Beratungs- und Interventionsgespräch und über die nach seiner Meinung zu forcierenden Meldungen an die Gesundheitsbehörden wirken indes weniger überzeugend. Es wird insbesondere nicht dargelegt, wie sich solche Interventionen in die grundsätzlich erfolgreiche nicht repressive Aids-Politik integrieren liessen.

2.6. Würdigung

Rund 25 Jahre nach dem Beginn der HIV-Epidemie lässt sich feststellen, dass die Grundentscheidung des weitgehenden Verzichts auf die klassischen gesundheitspolizeilichen Massnahmen wie Zwangstest, Isolierung und Contact-tracing richtig war. Obwohl das (noch) geltende Epidemiengesetz eher auf klassisch gesundheitspolizeiliche Intervention ausgerichtet ist, hat die HIV/Aids-Bekämpfungsstrategie eine Grundlage im Epidemienrecht²²³. Durch eine einzigartige Koalition von Betroffenen, Aidsorganisationen und staatlichen Stellen ist gelungen, die HIV-Epidemie weitgehend in den Griff zu bekommen²²⁴. Der schweizerischen HIV-Prävention wird denn auch weltweit ein gutes Zeugnis attestiert²²⁵.

²¹⁶ MÜLLER (Epidemienrecht), S. 915 ff.

²¹⁷ MÜLLER (Epidemienrecht), S. 916 ff.

²¹⁸ MÜLLER (Epidemienrecht), S. 921.

²¹⁹ MÜLLER (Epidemienrecht), S. 922.

²²⁰ MÜLLER (Epidemienrecht), S. 922.

²²¹ MÜLLER (Epidemienrecht), S. 926.

²²² MÜLLER (Epidemienrecht), S. 922.

²²³ SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, N 26-27; GÄCHTER/VOLLENWEIDER N,291 ff.; BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (HIV/Aids-Programm), S. 15.

²²⁴ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (HIV/Aids-Programm), S. 10.

²²⁵ Siehe WHO Europe, How do we know what works? Strengthening the Quality Assurance in HIV/Aids Prevention in Europe, Assessed in ten European countries: Bulgaria, Croatia, Estonia, Germany, Hungary, Netherlands, Poland, Romania, Sweden,

Die auf der Lernfähigkeit der Individuen basierende „new Public Health-Strategie“ der Bekämpfung von Aids erwies sich als wirksam, auch deshalb, weil sie die Förderung der Solidarität und Nichtausgrenzung mit den von HIV/Aids betroffenen Menschen beinhaltet²²⁶. Die Bedeutung der Einhaltung der Menschenrechte bei der Bekämpfung von HIV/Aids zeigt sich weltweit als ein zentraler Erfolgsfaktor²²⁷.

3. Die laufende Revision des Epidemiengesetzes

3.1. Allgemeines

Es wurde bereits mehrfach erwähnt: Das geltende Epidemiengesetz entspricht einem Verständnis der Krankheitsbekämpfung, das im 21. Jahrhundert als überholt gilt. Das Gesetz sieht die Krankheitsbekämpfung weitgehend als Polizei- und Expertenfunktion. In der Lehre wird deshalb gefordert, ein zeitgemässes Epidemienrecht müsse nebst den klassischen gesundheitspolizeilichen Elementen auch solche des „new Public Health“ aufnehmen²²⁸. Solche Konzepte orientieren sich am Gesundheitsbegriff der WHO²²⁹ und fragen auch nach der Entstehung und den Entstehungsbedingungen von Krankheit. Ziel staatlicher Bestrebungen ist demzufolge die Förderung der Gesundheit²³⁰.

Die Verwaltung hat den Ruf nach einer Revision des Epidemiengesetzes aufgenommen. Ende Dezember 2007 stellte das zuständige Eidgenössische Departement des Inneren EDI eine Revisionsvorlage vor. Die Vernehmlassung bei interessierten Organisationen ist abgeschlossen, mit der Botschaft des Bundesrates ist vermutlich im Jahre 2010 zu rechnen²³¹.

Der Revisionsentwurf enthält im Vergleich zum heutigen Gesetz zahlreiche Neurungen, mit Blick auf die effiziente Krisenbewältigung sollen die Verantwortlichkeiten zwischen Bund und Kantonen zur effizienten Krisenbewältigung präziser geregelt werden.

3.2. Für die HIV/Aids-Bekämpfung relevante Änderungen

Der Entwurf enthält eine Reihe von Massnahmen gegenüber einzelnen Personen (Art. 31 bis Art. 36 Entwurf rev.EpG). Die Massnahmen unterscheiden sich nicht wesentlich von den bereits im heutigen EpG vorgesehenen Zwangsinterventionsmöglichkeiten. Als Grundsatz hält Art. 29 rev.EpG fest, die Massnahmen nach den Art. 31-36 rev.EpG dürften nur angeordnet werden, wenn weniger einschneidende Massnahmen zur Verhinderung der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichen würden oder nicht zweckmässig sind und wenn die Massnahme dazu dient, eine ernsthafte Gefahr für die Gesundheit Dritter abzuwenden.

Switzerland, Synopsis of country reports. Quelle:

<http://www.bzga.de/whoconference/?uid=0985663daa87184b539bd3cd89df64b1&id=Seite4200>. Siehe dazu auch: WERNER, S. 3.

²²⁶ PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 69; Bundesamt für Gesundheit, Nationales HIV/Aids-Programm 2004-2008, S. 10.

²²⁷ AMON, S. 1 ff.

²²⁸ SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, N 20.

²²⁹ Nach der WHO ist Gesundheit ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur Fehlen von Krankheit oder Gebrechen (Präambel der Verfassung der WHO vom 22. Juli 1946, SR 0.8210.01.

²³⁰ SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, N 20.

²³¹ Siehe dazu die Angaben auf der Homepage des Bundesamtes für Gesundheit, <http://www.bag.admin.ch>

Art. 9 Entwurf rev.EpG beinhaltet die Grundlage für die Pflicht des Bundesamtes für Gesundheit zur Information der Öffentlichkeit, bestimmter Bevölkerungsgruppen sowie von Behörden und Fachpersonen über die Gefahren übertragbarer Krankheiten und über die Möglichkeiten zu deren Verhütung und Bekämpfung. Die im heutigen EpG etwas dürftige Rechtsgrundlage für die vielschichtigen Präventionsarbeiten des Bundesamtes für Gesundheit wird mit einer solchen Bestimmung klar verbessert²³².

Zudem sieht Art. 20 des Entwurfes vor, dass der Bundesrat Betriebe und Veranstalter, die mit ihrer Tätigkeit und Anlässen das Risiko einer Krankheitsübertragung erhöhen, dazu verpflichten können, Präventions- und Informationsmaterial bereitzustellen und bestimmte Verhaltensregeln zu befolgen. Mit einer solchen Norm könnten Sauna-Betreiber oder Darkroom-Anbieter zur aktiven Unterstützung der HIV/Aids-Prävention angehalten werden. Weiter kann der Bundesrat Schulen und ähnliche öffentliche Institutionen verpflichten, Informationen über die Gefahren übertragbarer Krankheiten und Beratung über die Möglichkeiten zu deren Verhütung und Bekämpfung anbieten. Mit einer Bundeskompetenz kann sichergestellt werden, dass in den Schulen aller Kantone die zeitgemässen Informationen über HIV/Aids zur Verfügung stehen müssen.

Die Pflichten nach Art. 20 Entwurf revEpG sind sanktionsbeschwert. Art. 77 Entwurf revEpG sieht vor, dass mit Busse bestraft wird, wer vorsätzlich oder fahrlässig: „den Vorschriften im Zusammenhang mit der Verhütung der Übertragung von Krankheiten zuwiderhandelt (Art. 20);“.

3.3. Revision Art. 231 StGB

Die Revisionsvorlage zum Epidemiengesetz nimmt die Kritik der Lehre, von Aids-Organisationen und Bundesstellen an der Anwendung von Art. 231 StGB (Verbreiten einer gefährlichen Krankheit) auf und schlägt eine Änderung der Norm vor. In den Erläuterungen zur Revisionsvorlage wird insbesondere auf die Kritik eingegangen, dass auch die Einwilligung des HIV-negativen Sexualpartners in den ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einer HIV-positiven Person nichts an der Strafbarkeit nach Art. 231 StGB ändere. Schliesse aber Artikel 231 StGB die Möglichkeit der Einwilligung aus, könne sich der Anreiz verringern, bestehende Infektionsrisiken offen zu legen. Zudem sei stossend, dass in der bisherigen Praxis auch das geringe Übertragungsrisiko in einer festen Partnerschaft den Eventualvorsatz nicht ausschliesse²³³.

In der heutigen Fassung lautet Art. 231 StGB:

1. Wer vorsätzlich eine gefährliche übertragbare menschliche Krankheit verbreitet, wird mit Gefängnis von einem Monat bis zu fünf Jahren bestraft.

Hat der Täter aus gemeiner Gesinnung gehandelt, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

²³² Vorentwurf Revision EpG vom 21.12.2007, siehe <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=de> (Zugriff: 15.2.2009).

²³³ Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage rev.EpG vom 21.12.2007, S. 71, siehe <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=de> (Zugriff: 15.2.2009).

2. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Gefängnis oder Busse.

Vorgeschlagen wird die folgende Änderung:

1. Wer böswillig eine gefährliche übertragbare menschliche Krankheit verbreitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe nicht unter 30 Tagessätzen bestrafen

2. Aufgehoben

Ziel der Änderung von Art. 231 StGB ist, die Strafbarkeit auf Fälle zu begrenzen, in denen der Täter weiss, dass er widerrechtlich handelt und ihm damit ein eigentlicher Gesinnungsunwert vorgeworfen werden kann. Mit dieser Änderung folgt der Entwurf weitgehend dem Vorschlag von MARCEL ALEXANDER NIGGLI, der zu Händen des Bundesamtes für Gesundheit und der Eidgenössischen Kommission für Aidsfragen (EKAF) ein Rechtsgutachten verfasst hat. NIGGLI schreibt. „Im Ergebnis wird man als böswillig denjenigen bezeichnen können, der andere einem Ansteckungsrisiko aussetzt, um eine Ansteckung zu erreichen (Bioterrorismus, „Desperado-Fälle“). Demgegenüber wird man denjenigen nicht als böswillig bezeichnen, der eine in das Infektionsrisiko einwilligende Person einem Risiko aussetzt“²³⁴. Böswilligkeit nimmt NIGGLI indes weiterhin an, wenn der Sexualpartner bzw. die Sexualpartnerin nicht über die HIV-Infektion informiert wird, dies zumindest in den Fällen, in denen der „viral load“ nach wie vor nachweisbar ist²³⁵.

Die Streichung der fahrlässigen Tatbegehungsvariante wird damit begründet, dass eine Bestrafung wegen fahrlässigen Verbreitung einer gefährlichen übertragbaren menschlichen Krankheit (und damit auch der HIV-Infektion) dem Präventionsgedanken im Zusammenhang mit HIV/Aids zuwiderlaufe. „Die vom Virus betroffenen Personen können davon absehen, sich testen zu lassen, da sie lediglich mit Unwissen über ihren Infektionszustand einer drohenden Bestrafung entgehen. Insofern wird von Seiten der Präventionsspezialisten seit längerem gefordert, die Strafbarkeit wegen des fahrlässigen Verbreitens menschlicher Krankheiten aufzugeben. Ausserdem ist der Fahrlässigkeitstatbestand von Artikel 231 Ziffer 2 StGB in der Strafrechtspraxis weitgehend bedeutungslos geblieben, da sich der genaue Übertragungsweg von Krankheiten nur schwer nachweisen lässt“²³⁶.

Die Aussage, bei Nichtwissen um die HIV-Infektion schütze vor Strafe, ist insofern zu relativieren, als das Bundesgericht mit BGE 134 IV 193 erstmals einen Mann dafür bestraft hat, dass er um seine HIV-Infektion hätte wissen müssen. Der Mann wurde nicht nur wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung sondern auch wegen fahrlässiger Verbreitung einer gefährlichen Krankheit verurteilt²³⁷. Eine Bestrafung wegen fahrlässiger Verbreitung einer übertragbaren, gefährlichen menschlichen Krankheit ist nur bei tatsächlicher Übertragung des HI-Virus möglich. Hier stellen sich regelmässig schwierige Kausalitätsfragen. Zudem entfällt beim Versuch die Fahrlässigkeitsvariante, so dass eine Bestrafung

²³⁴ NIGGLI, S. 43.

²³⁵ NIGGLI S. 43.

²³⁶ Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage rev.EpG vom 21.12.2007, S. 72, siehe <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=de> (Zugriff: 15.2.2009).

²³⁷ Siehe diesen Entscheid in der Fallvignettensammlung, A006 BGE 134 IV 193 – Urteil BGer vom 13. Juni 2008, S. 111 ff.

wegen fahrlässiger Verbreitung einer übertragbaren, gefährlichen menschlichen Krankheit bereits unter dem heute geltenden Art. 231 Abs. 2 StGB nur selten vorkommt²³⁸.

In der vorliegenden Version nimmt die Änderung von Art. 231 StGB wie erwähnt schwergewichtig auf das Gutachten von NIGGLI Bezug. Nicht berücksichtigt wird dabei die Kritik von FRIDOLIN BEGLINGER an der bisherigen Auslegung des Bundesgerichts zur Art. 231 StGB. BEGLINGER kritisiert insbesondere, dass die Konstruktion des objektiven Tatbestandes von Art. 231 StGB durch die Praxis grundsätzlich falsch ist. Das Bundesgericht begründe die Subsumption der sexuellen Übertragung von HIV unter Art. 231 StGB mit einer vom Gesetz vermuteten Gefahr der Infektion Dritter durch die vom Täter infizierte Person. Die Erfüllung des Tatbestandes setzt nach dem Bundesgericht keine konkrete Gefährdung Dritter voraus. Im Ergebnis liegt deshalb ein abstraktes (Erfolgs- und) Gefährdungsdelikt vor²³⁹. Richtig verstanden setze der objektive Tatbestand das Schaffen einer konkreten und dem Täter nach den üblichen Regeln zurechenbaren Gemeingefahr voraus. Als Konsequenz dieser Unmittelbarkeitstheorie genannten Theorie kommt BEGLINGER zum Schluss, dass das sexuelle Übertragen einer Geschlechtskrankheit mangels konkreter Gemeingefahr den objektiven Tatbestand nicht erfüllen kann²⁴⁰. Der Autor fordert deshalb, Art. 231 StGB sei im Sinne der Unmittelbarkeitstheorie zu revidieren. Er schlägt vor, dem Tatbestand von Art. 231 StGB das Wort „unter Menschen“ beizufügen. Mit dem Plural „unter Menschen“ werde klar gestellt, dass der objektive Tatbestand nicht mit einer beliebigen Übertragung der Krankheit auf einen Menschen erfülle. Vielmehr werde eine gemeingefährliche Handlung vorausgesetzt, der Täter müsse mit seiner Handlung eine unmittelbare und konkrete Infektionsgefahr schaffen, die sich gegen die Allgemeinheit richte²⁴¹.

Sowohl im Gutachten NIGGLI, in den Schriften BEGLINGERS sowie in der Revisionsvorlage kommt der Wille zum Ausdruck, es sei von der bisherigen Anwendung von Art. 231 StGB Abstand zu nehmen. Hauptkritikpunkt ist, dass im Rahmen von Art. 231 StGB im Gegensatz zu den Körperverletzungsdelikten keine rechtfertigende Einwilligung möglich ist. Auch in der übrigen Strafrechtslehre finden sich kaum Stimmen, die den Status Quo hinsichtlich Art. 231 StGB verteidigen. Festzustellen ist, dass mit dem Revisionsvorschlag nicht alle aus der Sicht der HIV-Prävention problematischen Anwendungsfälle von Art. 231 StGB gelöst würden: So wäre die Strafbarkeit bei Nichtinformation über den HIV-Status und erfolgter Übertragung des HIV-Virus weiterhin möglich, sofern und soweit das Gericht im konkreten Fall die Böswilligkeit annehmen würde. Angesichts der schwierigen Kausalitätsfragen und den Anforderungen an den Nachweis der Böswilligkeit ist indes mehrheitlich mit Einstellungen bzw. Freisprüchen zu rechnen. Hinzuweisen ist jedoch auf die Problematik des Begriffs der Böswilligkeit. Der Begriff wird in den Art. 261 Abs. 2 und Abs. 3/262 Ziff. 1 Abs. 2 StGB verwendet (Störung Totenfrieden und Leichenfeier), ebenso in Art. 270 und 298 (da geht es um Angriffe auf Hoheitszeichen). Nach einem Teil der Lehre ist damit *dolus directus* ersten Grades gemeint und *Eventualvorsatz* ausgeschlossen, nach anderen Positionen geht es um ein besonderes vom Vorsatz unabhängiges Gesinnungsmerkmal²⁴². Der Begriff der Böswilligkeit aus dem Feld der besonderen subjektiven Tatbe-

²³⁸ Siehe vorstehend Kapitel II Ziff. 2.1.

²³⁹ BEGLINGER, N 5, 17 und 37 f. zu Art. 231 StGB.

²⁴⁰ BEGLINGER, N 2-4 zu Art. 231 StGB.

²⁴¹ BEGLINGER, N 2, 27 und 65 zu Art. 231 StGB.

²⁴² Vgl. FIOLKA Art. 261 N 48 und Art. 272 N 17 mit weiteren Hinweisen; OMLIN Art. 298 N 16.

standsmerkmale ist also alles andere als klar umrissen und mit erheblichen dogmatischen Unsicherheiten bzgl. der Rechtsanwendung verbunden.

Der Vorschlag von BEGLINGER hätte dem gegenüber den Vorteil, dass Art. 231 StGB im Falle ungeschützter Sexualkontakte klarerweise nicht mehr angewendet würde: BEGLINGER will Art. 231 StGB im Sinne seiner als Unmittelbarkeitstheorie bezeichneten Position wie dargestellt²⁴³ auf Fälle beschränken, wo jemand eine Infektionsgefahr schafft oder erhöht, die zur Infektion beliebiger vom Zufall bestimmter Opfer führt oder führen kann und die kumulativ zu einem *Taterfolg* im dem Sinne führt, dass die entsprechende Krankheit bei mindestens einer Person ausbricht²⁴⁴. Wird ein individualisiertes Opfer infiziert, wie regelmässig bei der sexuellen Übertragung von HIV, so entfielen die Anwendung ebenso wie immer dann, wenn die HIV-Infektion (noch) symptomlos bleibt, unabhängig von der weiteren Übertragbarkeit gegenüber Dritten²⁴⁵. Allerdings wäre erhebliche Rechtsunsicherheit die Folge, weil nach einer HIV-Übertragung der Tatbestand wieder anwendbar wäre, wenn innerhalb der Verjährungsfrist²⁴⁶ durch die Ansteckung die Krankheit beim Angesteckten und/oder (unbestimmten) Dritten ausbricht.

Dazu kommt, dass mit jeder Interpretation von Art. 231 StGB, die hinsichtlich der relevanten Tathandlung den Aspekt der Gemeingefahr in der einen oder anderen Form in den Tatbestand einbaut, die Problematik verbleibt, dass dieser Begriff umstritten und nicht eindeutig definiert ist²⁴⁷, wie sich unter anderem auch bei der analog konstruierten Norm von Art. 232 StGB zeigt²⁴⁸. Es ist also durchaus möglich und dogmatisch vertretbar, schon das Schaffen einer nicht kontrollierbaren Gefahrenquelle als Schaffen einer Infektionsgefahr für beliebige Zufallsopfer zu verstehen, und somit als relevante Tathandlung auch im Sinne von BEGLINGER zu verstehen, womit letztlich einzig im *Taterfolg* ein Unterschied zur heutigen herrschenden Lehre bliebe. Bezug genommen würde auf den Ausbruch von AIDS, statt die Übertragung von HIV mit erheblicher Rechtsunsicherheit in allen Fällen von ungeschütztem Verkehr als Folge für die Betroffenen. Dies ist auch mit Blick auf die Anliegen der Prävention unbefriedigend²⁴⁹.

Vor diesem Hintergrund sollte unseres Erachtens geprüft werden, ob auf Art. 231 StGB nicht ersatzlos verzichtet werden könnte, zumal die epidemienrechtlichen öffentlichen Interessen auch über die Nebenstrafrechtsnormen des Epidemiengesetzes abgedeckt werden können²⁵⁰.

²⁴³ Siehe vorne Ziff. 2.3.

²⁴⁴ BEGLINGER, Art. 231 N 24, N 26, N 40.

²⁴⁵ So auch NIGGLI, S. 14.

²⁴⁶ Vgl. Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB: 15 Jahre.

²⁴⁷ Vgl. z.B. die Kontroverse um den Begriff bei Art. 221 StGB (Brandstiftung).

²⁴⁸ ACKERMANN, Art. 232 N 6 ff.

²⁴⁹ Ähnlich NIGGLI, S. 14 f.

²⁵⁰ Vgl. dazu weiterführend oben, IV.3.2 Für die HIV/Aids-Bekämpfung relevante Änderungen, S. 58 und hinten, VI.3.4 HIV-Übertragung als gemeingefährliches Delikt?: die Frage der Revision von Art. 231 StGB, S. 96.

V. Rechtsvergleichende Aspekte

1. Einleitung

In der Schweiz wird die Übertragung des HI-Virus wie dargestellt worden ist, einerseits mit dem strafrechtlichen Instrumentarium des Individualrechtsgüterschutzes und andererseits durch Art. 231 StGB durch eine Bestimmung des Kollektivrechtsgüterschutzes sanktioniert. Wie zu zeigen sein wird, war eine solche strafrechtliche Doppelstrategie den meisten Rechtsordnungen lange Zeit fremd. Innerhalb Europas fallen *Schweden* und *Österreich* auf. Beide Staaten wenden seit langem bei der HI-Virus-Übertragung - über die Körperverletzungsstrafnormen hinaus - auch so genannte seuchenpolizeiliche Strafnormen an. Die Rechtslage in Schweden und Österreich ist deshalb im Grundsatz mit derjenigen in der Schweiz vergleichbar. Zudem kennen Schweden wie Österreich in besonderen Gesetzen verankerte Verhaltenspflichten von Menschen mit positiver HIV-Diagnose.

In praktisch allen Rechtsordnungen wird die HIV-Übertragung in der einen oder anderen Form als Körperverletzung geahndet und die Täter/innen wurden gestützt auf die einschlägigen Strafnormen bestraft. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit wird in diesem Kapitel dargestellt, wie die Gerichte in ausgewählten Rechtsordnungen verschiedene Fallkonstellationen bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr mit oder ohne daraus resultierende HIV-Übertragung reagieren. Besonderes Augenmerk wird neben Österreich und Schweden den Rechtsordnungen *Deutschlands*, der *Niederlande* und *Kanada* geschenkt. Deutschland bietet sich angesichts geographischer Nähe und politisch und kultureller Ähnlichkeit an. In den Niederlanden hat das höchste niederländische Gericht im Jahre 2005 einen wegweisenden Freispruch-Entscheid gefällt²⁵¹. Eine Auseinandersetzung mit der Rechtslage in Kanada schliesslich bietet sich an, weil hier die Frage der Strafbarkeit der HIV-Übertragung durch die Organisation „Aidslaw“ unter Aids-Policy Gesichtspunkten intensiv diskutiert wird²⁵².

In jüngerer Zeit gehen viele Staaten dazu über, HIV/Aids-spezifische Strafnormen zu schaffen. Besonders augenfällig ist diese Entwicklung in zahlreichen *westafrikanischen Staaten*. Indes finden sich auch in zahlreichen *amerikanischen Gliedstaaten* HIV/Aids-spezifische Normen, die Menschen mit positiver HIV-Diagnose sanktionsbewehrte Verhaltenspflichten auferlegen. Diese neuere Entwicklung verdient eine vertieftere Betrachtung. Insbesondere interessiert, wie Studien und Literatur die Wirksamkeit solcher Instrumente beurteilen.

Die strafrechtliche Sanktion der HIV-Übertragung wird von internationalen Aids-Organisationen, namentlich der *UNAIDS*, kritisch beobachtet und kommentiert. In diesem Kapitel werden deshalb die wichtigsten Positionen der *UNAIDS* zu Strafrecht und HIV/Aids dargestellt und erläutert.

²⁵¹ Supreme Court of the Netherlands, Criminal Division, Judgment of 18 January 2005, Case No. LJN ARI 1860.

²⁵² Canadian HIV/Aids legal network, siehe <http://www.aidslaw.ca> (Zugriff 15.1.2009).

2. Weltweiter Trend zur Kriminalisierung der HIV-Übertragung

2.1. Allgemeine Übersicht

Es gibt keine offiziellen (UN) Statistiken, die eine weltweite Übersicht zur Strafbarkeit der HIV-Übertragung in den verschiedenen Staaten beinhalten. Die UNAIDS veröffentlicht auf ihrer Homepage Policypapiere, statistische Angaben zur Kriminalisierung sind indes nicht zu finden. Das „Global Network of people living with HIV/Aids“ (GNP+) hat sich im Jahre 2008 zum Ziel gesetzt, zusammen mit seinen regionalen Partnern „to collect and keep up to date information on national or state level laws criminalising the transmission of or exposure to HIV transmission, to provide an easily accessible ‘clearing-house’ of resources, research, and initiatives on the subject to provide a platform for advocacy initiatives“²⁵³. Dank einem weltweiten Korrespondentennetz besteht heute Einblick in die Kriminalisierung in fast allen Staaten der Welt.

Im Jahre 2005 veröffentlichte die GNP+ Europe zusammen mit der Organisation „Terrence Higgins Trust“ eine Untersuchung aus dem Jahre 2004 über die Kriminalisierung der HIV-Übertragung in den europäischen Staaten. Auffallend dabei ist, dass aus Schweden, Österreich und der Schweiz mit Abstand am meisten Strafrechtsurteile gemeldet wurden: In all diesen Staaten kam es bis 2004 zu mehr als 30 Verurteilungen, während in dem meisten anderen Staaten weniger als zehn Urteile gefällt wurden²⁵⁴. In den Jahren zwischen 2005 und 2007 ist in einigen europäischen Staaten ein Anstieg an Verurteilungen festzustellen. So wurden in der Untersuchung im Jahre 2004 betreffend Dänemark für die Jahre 1993 bis 2004 insgesamt zwölf Verurteilungen gemeldet, im Jahre 2008 waren es bereits 18²⁵⁵. Auch in Frankreich²⁵⁶ und Norwegen²⁵⁷ kam es zwischen 2005 und 2008 zu deutlich mehr Verurteilungen als in den früheren Jahren.

Verschiedene osteuropäische Staaten haben in den letzten Jahren zudem HIV/Aids-spezifische Strafnormen geschaffen. So hat Serbien bspw. im Jahre 2005 eine neue Bestimmung im Strafgesetzbuch aufgenommen, die ausdrücklich an das Verhalten HIV-positiver Personen HIV-positive Menschen anknüpft²⁵⁸. Nach Art. 250 des serbischen Strafgesetzbuches werden sowohl das Schaffen einer Infektionsgefahr, die Nichteinhaltung von Präventionsregeln wie die tatsächliche Übertragung des HI-Virus unter Strafe gestellt. Die Strafandrohung liegt zwischen sechs Monaten Gefängnis für die fahr-

²⁵³ Siehe die Dokumentation zur Erhebung unter: <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (Zugriff 9.1.2009).

²⁵⁴ Siehe den Schlussbericht der Studie unter: <http://www.gnpplus.net/criminalisation/download.shtml> (Zugriff 9.1.2009).

²⁵⁵ Für das Ergebnis der Studie im Jahre 2004 siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation/denmark.shtml> (Zugriff 9.1.2009) und für das Ergebnis im Jahre 2008 siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu „Europe-Central Asia und suche nach „Denmark“, Zugriff 9.1.2009).

²⁵⁶ Gemäss der Untersuchung im Jahre 2004 kam es seit Beginn der HIV-Infektion bis 2004 zu lediglich 2-4 Verurteilungen, gemäss den Angaben von GNP+ wurde im 2008 kumuliert 15 Fälle gemeldet (Quellen: <http://www.gnpplus.net/criminalisation/france.shtml> (Zugriff 9.1.2009) und <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu „Europe-Central Asia und suche nach „France“, Zugriff 9.1.2009).

²⁵⁷ In Norwegen kam es zwischen 2004 und 2008 zu 10 Verurteilungen, in den Jahren zuvor lediglich zu 4 Urteilen. Quellen: <http://www.gnpplus.net/criminalisation/norway.shtml> (Zugriff 9.1.2009) und <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu „Europe-Central Asia“ und suche nach „Norway“, Zugriff 9.1.2009).

²⁵⁸ Siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu „Europe-Central Asia“ und suche nach „Serbia“, Zugriff 9.1.2009).

lässige Begehung des Deliktes und bis zu 15 Jahren Gefängnis für die vorsätzliche Übertragung des HI-Virus mit Todesfolge. Ähnliche Gesetze wurden in der Slowakei²⁵⁹ und Rumänien²⁶⁰ eingeführt²⁶¹.

Zahlreiche westafrikanische Staaten haben ein im Jahre 2004 entwickeltes Modellgesetz übernommen²⁶². Dieses Modellgesetz sieht u.a. vor, dass jede HIV-positive Person ihre Ehegatten bzw. regelmässigen Sexualpartner über die Infektion informieren muss, erfolgt diese Information nicht innert sechs Wochen, haben die Teststellen das Recht, gegen den Willen des HIV-Positiven Patienten die Sexualpartner zu informieren²⁶³. In bestimmten Konstellationen sind HIV-Tests zwangsweise durchführbar²⁶⁴. Die Übertragung des HI-Virus ist strafbar, auch dann, wenn die Übertragung von der Mutter auf das Kind erfolgt²⁶⁵.

2.2. Prävention durch Strafrecht: Gesetzgebung und Rechtsprechung in US-Gliedstaaten

2.2.1 Strafrechtsnormen gegen die HIV-Übertragung

In nicht weniger als 24 US-Gliedstaaten existieren Gesetze, die HIV-positiven Personen strafbewehrte Verhaltenspflichten für den Sexualverkehr auferlegen²⁶⁶. Die Strafandrohungen variieren zwischen einer einjährigen Gefängnisstrafe oder Busse (z.B. Virginia²⁶⁷) und einer Maximalstrafe von 30 Jahren Gefängnis (Arkansas²⁶⁸)²⁶⁹. Ratio legis dieser Gesetzgebung bildet die Idee, dass informierte Sexualpartner eher bereit sind, die nötigen Schutzmassnahmen gegen die HIV-Übertragung zu ergreifen²⁷⁰.

Im Staat Florida bestimmt Paragraph 384.24, section 2 (Florida state act)²⁷¹ : „It is unlawful for any person who has HIV, with knowledge of such infection and having been informed that he or she may communicate it to others through sexual intercourse, to have sexual intercourse with any other person,

²⁵⁹ Siehe und <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu „Europe-Central Asia“ und suche nach „Slovakia“, Zugriff 9.1.2009).

²⁶⁰ Siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu „Europe-Central Asia“ und suche nach „Romania“, Zugriff 9.1.2009).

²⁶¹ Für eine Gesamtübersicht siehe die „Verdict on a Virus – Public Health, Human Rights and Criminal Law“, „table of Countries and Laws“, S. 42ff. (Quelle: <http://www.stigmindex.org/36/press-releases/verdict-on-a-virus.html>) (Zugriff 9.1.2009). Siehe weiter den Beitrag von BERNHARD EDWIN J., „Criminal HIV transmission and exposure laws spreading around the world ‘like a virus’“, Quelle: <http://criminalhivtransmission.blogspot.com/2008/08/criminal-hiv-transmission-and-exposure.html> (Zugriff 9.1.2009).

²⁶² Siehe: „Law on prevention, care and control of HIV/Aids“ (No. 2005-31 of 5 April 2006) in Benin; „Law on prevention, care and control of HIV/Aids“ (No. 2005-25) in Guinea; „Framework law relating to the prevention, treatment and control of HIV/Aids“ in Guinea-Bissau; „Law establishing rules relating to the prevention, care and control of HIV/Aids“ (No. 06-28 of 29 June 2006) in Mali; „Law relating to the prevention, care and control of Human Immunodeficiency Virus (HIV)“ (No. 2007-08 of 30 April 2007) in Niger; „The Prevention and Control of HIV and Aids Act (2007)“ in Sierra Leone; the „Law on the protection of people with respect to HIV/Aids“ (No. 2005-012) in Togo.

²⁶³ Art. 26 des Modellgesetzes, Quelle: PEARSHOUSE.

²⁶⁴ Art. 18 des Modellgesetzes, Quelle: PEARSHOUSE.

²⁶⁵ Art. 36 des Modellgesetzes, Quelle: PEARSHOUSE.

²⁶⁶ Siehe insbesondere: Ark. Code Ann. § 5-14-123; Stat. Ann. § 21-3435; La. Rev. Stat. § 14:43.5; Md. Code Ann. § 18-601.1; Mich. Comp. Law Serv. § 333.5210; Vernon’s Mo. Rev. Stat. § 191.677; Nev. Rev. Stat. § 201.205; N.J. Stat. § 2C:34-5; N.D. Cent. Code, § 12.1-20-17; Ohio Rev. Code Ann. § 2903.11; 21 Okla. Stat. § 1192.1; S.C. Code Ann. § 44-29-145; S.D. Codified Laws § 22-18-31; Tenn. Code Ann. § 39-13-109; Va. Code Ann. § 18.2-67.4:1; Wash. Rev. Code Ann. § 9A.36.011. Die einschlägigen Normen finden sich in einer Gesamtübersicht, die von einer NGO zusammengetragen wurde, siehe: http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf (Zugriff 9.1.2009).

²⁶⁷ Siehe: Va. Code Ann. § 18.2-67.4:1 (http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf), Stichwort „Virginia“ (Zugriff 9.1.2009).

²⁶⁸ Siehe: Ark. Code Ann. § 5-14-123 (http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf), Stichwort „Arkansa“ (Zugriff 9.1.2009).

²⁶⁹ Für einen Überblick siehe WOLF/VEZINA.

²⁷⁰ GALLETLY/PINKERTON, S. 577 ff.

²⁷¹ Quelle: Siehe http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf, Stichwort „Florida“ (Zugriff 9.1.2009).

unless the other person has been informed of the presence of HIV and has consented to the sexual intercourse.“ Das Gesetz differenziert sichtlich nicht nach Art der sexuellen Aktivitäten. Unabhängig davon, ob der Sexualakt geschützt oder ungeschützt geschieht, machen sich HIV-Positive strafbar, wenn sie ihre Sexualpartner nicht informieren. Andererseits hebt der „informed consent“ des Sexualpartners die Strafbarkeit des geschützten wie des ungeschützten Sexualaktes auf. Im Staat Iowa gilt nach Paragraph 709C.1 des Iowa Code ein strafbewehrtes Verbot für Intimkontakte (intimate contact means the intentional exposure of the body of one person to a bodily fluid of another person in a manner that could result in the transmission of HIV“). Der Code sieht indes vor, dass die Strafbarkeit entfällt, wenn der HIV-negative Sexualpartner den positiven HIV-Status seines Partners kennt und im Wissen um die Risiken des ungeschützten Geschlechtsverkehrs dazu eingewilligt hat (It is an affirmative defence that the person exposed to HIV knew of the other person's HIV positive status, knew that the action of exposure could result in transmission of HIV, and consented to the action of exposure with that knowledge)²⁷².

Von den insgesamt 24 Gliedstaaten, die HIV/Aids-spezifische Strafrechtsbestimmungen kennen, unterscheidet einzig das Gesetz in Kalifornien zwischen strafbarem ungeschütztem Geschlechtsverkehr und nicht strafbarem geschütztem Geschlechtsverkehr. Die fragliche Bestimmung im California Health and Safety Code, § 120291, lautet: „Any person who exposes another to HIV by engaging in unprotected sexual activity (anal or vaginal intercourse without a condom) when the infected person knows at the time of the unprotected sex that he or she is infected with HIV, has not disclosed his or her HIV-positive status, and acts with the specific intent to infect the other person with HIV, is guilty of a felony. A person's knowledge of his or her HIV-positive status, without additional evidence, is not sufficient to prove specific intent“²⁷³. Diese Strafnorm beschränkt die Strafbarkeit des Geschlechtsverkehrs HIV-positiver Menschen in Mehrfacherweise: Zum Einen entfällt die Strafbarkeit bei geschütztem Geschlechtsverkehr und beim geschützten oder ungeschützten Oralverkehr, zum Anderen hat die Information über den Serostatus an den Sexualpartner zur Folge, dass auch der ungeschützte Geschlechtsverkehr nicht bestraft wird. Der ungeschützte Geschlechtsverkehr ohne Information über den HIV-Status an den Geschlechtsverkehrspartner wird schliesslich nur dann bestraft, wenn eine Infektionsabsicht vorliegt. Präzisierend hält die Bestimmung weiter fest, dass die Kenntnis des (eigenen) HIV-Status alleine nicht ausreicht, um eine Infektionsabsicht zu beweisen²⁷⁴.

2.2.2 Rechtsprechung

Seit Beginn der HIV-Infektion bis 2008 kam es auf dem gesamten Gebiete der USA zu 345 gerichtlichen Anklagen gegen Menschen mit HIV/Aids der (tatsächlichen oder versuchten) Übertragung des HI-Virus. 205 Personen wurden verurteilt²⁷⁵. Die Anklagen und Verurteilungen bis zum Jahre 2003

²⁷² Quelle: Siehe http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf, Stichwort „Iowa“ (Zugriff 9.1.2009).

²⁷³ Ark. Code Ann. § 5-14-123 (http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf, Stichwort „California“ (Zugriff 9.1.2009).

²⁷⁴ Zum kalifornischen Weg strafrechtlicher Antwort auf HIV/Aids siehe: GALLETLY/PINKERTON, S. 577 ff; BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE/LAZZARINI,.

²⁷⁵ Die Anzahl Verfahren (345) und Urteile (205) findet sich in der Datenbank des Global Network of People living with HIV/Aids, siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu „Northamerica“ und suche „USA“, Zugriff 9.1.2009). Eine Untersuchung aus dem Jahre 2003 hat 316 Anklagen identifiziert, siehe BRAY.

wurden in einer Studie ausgewertet²⁷⁶. Von insgesamt 316 Anklagen betrafen rund 70 Prozent Sexualkontakte. In fast einem Viertel der Fälle (75) wurden HIV-positive Personen wegen „Beissen“, „Spucken“ oder „Kratzen“ angeklagt. Die restlichen Fälle betrafen den Verkauf unsauberen Blutes oder nicht sterilem Injektionsmaterial. In 95 Fällen ging es um Geschlechtsverkehr ohne Information über den HIV-Status des einen Geschlechtsverkehrspartners. Bei diesen 95 Fällen kam es zu 42 Verurteilungen²⁷⁷. Insgesamt 84 Anklagen betrafen HIV-positive Personen, die ihre Sexualpartner über den HIV-Status informiert hatten. Hier kam es zu 65 Verurteilungen²⁷⁸.

2.2.3 Umstrittene Wirkung der Strafrechtsnormen

Angesichts der grossen Verbreitung der HIV-Infektion in den USA und der weit verbreiteten und gleichzeitig sehr unterschiedlichen Gesetzgebung in den US-Gliedstaaten drängt sich die Frage auf, ob sich das Strafrecht als Mittel zur HIV-Prävention eignet und falls ja, ob sich bestimmte Strafrechtsnormen als geeigneter erweisen als andere. Diesen Fragen wurden in zahlreichen Studien nachgegangen.

Nach einer eingehenden Auseinandersetzung mit 316 Anklagen wegen HIV-Verbreitung kommt BRAY zum Schluss: „From the above findings, it appears doubtful that criminalization of HIV exposure will serve any significant public health purpose, in terms of deterring HIV exposure or constraining the transmission of HIV (...)“²⁷⁹. Als Beleg für die fragliche Nützlichkeit der HIV-Strafbestimmungen und Strafprozesse führt die Autorin weiter die Tatsache an, dass es sich bei mehreren Angeklagten (16) um Wiederholungstäter handle. Auch vermerkt sie kritisch die hohe Zahl von HIV-Übertragungen in Gefängnissen (mindestens 17)²⁸⁰.

Ernüchternd ist auch das Fazit von GALLETTY/PINKERTON²⁸¹. Sie sehen in der Statuierung von Aufklärungspflichten über den HIV-Status an HIV-positive Personen eine strukturelle Intervention des Staates mit dem Ziel, HIV-Übertragungen zu verhindern. Die Autorin und der Autor kommen indes zum Schluss, dass die Strafrechtsnormen nicht geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen. Besonders störend sei, dass gewisse Strafgesetze genau die Verhaltensweisen mit Strafe bedrohten, die durch die Gesundheitsbehörden und Aids-Organisationen gefordert würden (safer sex). Auch würden nur gerade drei von 23 Gliedstaatengesetzen Kondome als Mittel zur Vermeidung der HIV-Übertragung erwähnen. Die US-Informationskampagne zu HIV/Aids habe sich als höchst wirksam erwiesen, gerade weil sie darauf abziele, dass alle Menschen Verantwortung wahrzunehmen hätten, „unfortunately“ schreiben die Autorin und der Autor „one of the nations’s most broad-reaching, and some might argue, potentially most powerful tools with which to disseminate and reinforce this public health response, the criminal law, promulgated a message of a different kind“²⁸². Die strafrechtlichen Bestimmungen zur Verfolgung der HIV-Übertragung würden nicht nur ihr Ziel verfehlen, sie würden vielmehr den Präven-

²⁷⁶ BRAY, Tabelle 1, S. 5.

²⁷⁷ BRAY, Tabelle 1, S. 4-5.

²⁷⁸ BRAY, S. 6.

²⁷⁹ BRAY, S. 10.

²⁸⁰ BRAY S. 10.

²⁸¹ GALLETTY/PINKERTON, S. 451-461.

²⁸² GALLETTY/PINKERTON, S. 459.

tionsbemühungen schlicht zuwiderlaufen, die Gesetze würden „intent to prevent the spread of HIV“, das treffe aber nicht zu, vielmehr treffe das Gegenteil zu, „may inadvertently do more harm than good“²⁸³. Andere Untersuchungen können die These, dass sich die Kriminalisierung negativ auf die HIV/Aids Bekämpfung auswirke, nicht vollumfänglich bestätigen. So wurden in der empirischen Untersuchung von BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE/LAZZARINA aus dem Jahre 2007 keine Belege dafür gefunden, dass sich Menschen mit einem potenziellen HIV-Risiko wegen der Gefahr der Stigmatisierung nicht testen lassen würden. Auch liess sich die Vermutung nicht bestätigen, die Kriminalisierung der HIV-Übertragung würde HIV-negativen Personen falsche Sicherheiten vermitteln. Andererseits fanden sich in der Studie auch keine Belege, dass die HIV/Aids spezifischen Strafrechtsnormen einen positiven Effekt auf das Risikoverhalten HIV-positiver Menschen hätten. So kommen denn die Autoren/innen zum Schluss „The sad irony of criminalization and public health is that there is another way, a way demonstrably works: the combination of education, persuasion and social support pursued in traditional public health interventions. We don't *need* criminal Law (...)“²⁸⁴.

Im zeitlichen Abstand von fünf Jahren wurde untersucht, ob mittels strafrechtlicher Bestimmungen das HIV-Risikoverhalten beeinflusst werden könnte. Im Jahre 2002 untersuchten dies LAZZARINI/ BRAY/ BURRIS mittels einer Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsanalyse²⁸⁵. In den „conclusions“ gehen die Autorinnen und der Autor vorerst auf die bekannte Schwäche des Strafrechts im Bereich der öffentlichen Gesundheit ein. Strafrecht könne nur dann ein wirksames Instrument der HIV-Prävention darstellen, wenn ein bestimmtes sozial nicht akzeptiertes Verhalten kausal eine signifikante Zahl an Neuinfektionen verursache. Dies komme in der Realität fast nicht vor, kaum jemand verwende das Virus um willentlich eine Person zu schädigen oder zu terrorisieren. Die Wirksamkeit der bestehenden HIV/Aids-Strafnormen zur Steuerung des Sexualverhaltens sei sehr fraglich²⁸⁶. In der Untersuchung im Jahre 2007 wurden 490 Personen zu ihrem HIV-Risikoverhalten interviewt²⁸⁷. Die eine Hälfte der Befragten stammt aus dem Staat New York, der keine HIV-spezifischen Strafrechtsnormen kennt und die andere Hälfte aus dem Staat Illinois, in dem ungeschützter Geschlechtsverkehr für HIV-positive Personen strafrechtliche Konsequenzen hat. Die Ergebnisse zeigen, dass sich das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von strafrechtlichen Bestimmungen zur HIV-Übertragung nicht auf das sexuelle Risikoverhalten HIV-positiver Menschen auswirkt. Auch das Wissen um tatsächliche oder vermeintliche rechtliche Pflichten zu safer sex oder Offenbarung des HIV-Status an die Sexualpartner hat gemäss der Studie keinen Einfluss auf das Risikoverhalten²⁸⁸. Befürworter der Kriminalisierung würden die These vertreten, dass Strafrechtsnormen den Sinn hätten, eine klare Botschaft darüber zu vermitteln, welches Sexualverhalten falsch und welches richtig sei²⁸⁹. Die Studie zeigt jedoch, dass „people know that the behavior is wrong without being told so by the legislature“²⁹⁰.

²⁸³ GALLETLY/PINKERTON, S. 461.

²⁸⁴ BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE/LAZZARINI, S. 46-48.

²⁸⁵ LAZZARINI/BRAY /BURRIS, S. 239-253.

²⁸⁶ LAZZARINI/BRAY/BURRIS, S. 253.

²⁸⁷ BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE /LAZZARINI.

²⁸⁸ BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE /LAZZARINI, S. 36-37.

²⁸⁹ BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE /LAZZARINI, S. 30, siehe die Literaturangaben in Fn. 93.

²⁹⁰ BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE /LAZZARINI, S. 42, siehe die Literaturangaben in Fn. 93..

3. Die HIV-Übertragung als Delikt gegen die öffentliche Gesundheit und besondere Verhaltenspflichten für Menschen mit HIV/Aids

3.1. Die Situation in Österreich

3.1.1 Die relevanten Straf- und Verwaltungsnormen

In Österreich kommen bei der Übertragung des HI-Virus die allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften im Rahmen der Körperverletzungsdelikte zur Anwendung (Paragraphen 83 ff. des österreichischen Allgemeinen Strafgesetzbuches, StGB-Ö). Darüber hinaus enthält das österreichische Strafgesetzbuch Vorschriften über die vorsätzliche und fahrlässige Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten.

§ 178 StGB-Ö lautet:

Wer eine Handlung begeht, die geeignet ist, die Gefahr der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit unter Menschen herbeizuführen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, wenn die Krankheit ihrer Art nach zu den wenn auch nur beschränkt anzeige- oder meldepflichtigen Krankheiten gehört.

§ 179 StGB-Ö lautet:

Wer die im § 178 mit Strafe bedrohte Handlung fahrlässig begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

Bei den §§ 178 und 179 StGB-Ö handelt es sich um so genannte Gemeingefährdungsdelikte. Zweck der Normen ist nicht die Verhinderung einer konkreten Gefahr für ein Individuum, sondern das Vermeiden einer Gemeingefahr, letztendlich geht es um die Endemie- bzw. Epidemiebekämpfung. Geschütztes Rechtsgut ist nicht die körperliche Unversehrtheit eines Menschen, sondern die gesundheitliche Situation der Gesamtbevölkerung²⁹¹.

Unter Strafandrohung steht eine Handlung, die geeignet ist, die Gefahr der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit unter Menschen herbei zu führen. Die HIV-Infektion ist eine unter Menschen übertragbare Krankheit. Bereits die Infektion an sich hat Krankheitswert im Sinne dieser Bestimmung²⁹². Aus der Formulierung „geeignet ist“ ergibt sich, dass die Herbeiführung einer auch nur *abstrakten Gefahr* der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit unter Menschen ausreicht. Die *tatsächliche Ansteckung* eines Menschen mit einer übertragbaren Krankheit ist ebenso wenig erforderlich wie das Auslösen einer *konkreten Ansteckungsgefahr*²⁹³. Der ungeschützte Geschlechtsverkehr zwischen einer HIV-positiven und einer HIV-negativen Person ist nach Lehre und Rechtsprechung geeignet, eine Gefahr der Verbreitung des HI-Virus herbeizuführen²⁹⁴.

²⁹¹ TRIFFTERER, StGB-Komm § 178, Rz. 3.

²⁹² HINTERHOFER, S. 10.

²⁹³ TRIFFTERER, StGB-Komm § 178, Rz. 2.

²⁹⁴ BERTEL/SCHWAIGHOFER, §§ 178 und 179, Rz. 4; OLG Linz, RZ 1989/48 mit Anmerkungen von KIENAPFEL

Zu den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit gehört, dass eine meldepflichtige Krankheit oder eine „ihrer Art nach“ anzeige- oder meldepflichtige Krankheit vorliegt. Die HIV-Infektion als solche gehört nicht zu den meldepflichtigen Krankheiten nach dem österreichischen Epidemienrecht. § 2 und § 3 des österreichischen Aids-Gesetzes²⁹⁵ sehen eine Meldepflicht nur für die Fälle vor, in denen „Aids“ diagnostiziert wurde, nicht jedoch für den blossen positiven HIV-Befund. Es ist indes in der Lehre und Praxis unbestritten, dass die HIV-Infektion als solche eine Krankheit darstellt, die „ihrer Art“ meldepflichtig ist²⁹⁶.

§ 178 StGB-Ö ist ein Vorsatzdelikt, der bedingte Vorsatz im Sinne von § 5 Abs. 1, 2. Halbsatz StGB-Ö genügt, wenn eine HIV-infizierte Person mit einer nicht infizierten Person ungeschützten vaginal- oder Analverkehr vollzieht²⁹⁷. HIV-infizierte Menschen, die ihren HIV-Status nicht kennen aber begründeten Anlass zu einem HIV-Test gehabt hätten, handeln bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr fahrlässig und werden nach § 178 StGB-Ö bestraft²⁹⁸.

Nicht massgebend für die Strafbarkeit an sich ist eine allfällige Einwilligung der HIV-negativen Person in den Sexualkontakt mit dem HIV-positiven Partner. Das Schutzgut „Gesundheit der Bevölkerung“ ist einer Einwilligung eines Individuums nicht zugänglich²⁹⁹. Hingegen sind in der Gerichtspraxis Fälle bekannt, in denen das Einverständnis der nicht-infizierten Person strafmildernd berücksichtigt wurde. Eine einheitliche Praxis ist indes nicht erkennbar³⁰⁰.

3.1.2 Art und Häufigkeit von Strafurteilen

Eine aktuelle Zahl der Verurteilungen aufgrund der fraglichen Paragraphen lässt sich nicht feststellen. Gesicherte Angaben finden sich für die Jahre 1990 und 2003; in diesem Zeitraum kam es zu insgesamt 34 Verurteilungen HIV-positiver Menschen wegen Verletzung der §§ 178 und 179 StGB-Ö. Die Verurteilungen erfolgten überwiegend wegen ungeschützten Sexualkontakten, aus vielen Urteilen scheint nicht klar hervorzugehen, ob die Verurteilung wegen geschützten oder ungeschützten Sexualkontakten erfolgte³⁰¹. Eine Verurteilung erfolgte trotz kondomgeschütztem Geschlechtsverkehr³⁰².

3.1.3 Ausgewählte Gerichtsurteile

Auffallend ist ein jüngeres Urteil des Oberlandesgerichts Graz. Eine HIV-positive Prostituierte hatte sowohl geschützten wie ungeschützten Geschlechterverkehr. Das Gericht verurteilte die Frau einerseits wegen Verletzung des § 178 StGB-Ö (mit Bezug auf den ungeschützten Geschlechtsverkehr) und wegen Verletzung des § 179 StGB-Ö (bezüglich des geschützten Verkehrs!)³⁰³.

²⁹⁵ Aids-Gesetz 1993 StF: BGBl. Nr. 728/1993 (WV), siehe: <http://www.austrianlaw.at/cms/fileadmin/gesetze/gesundheit/aids-gesetz-1993.pdf>, (Zugriff 9.1.2009).

²⁹⁶ HINTERHOFER, S. 14.

²⁹⁷ AIGNER, S. 87, HINTERHOFER, S. 13

²⁹⁸ HINTERHOFER, S. 14.

²⁹⁹ So die herrschende Lehre und die Praxis. Siehe HINTERHOFER, S. 12 mit Hinweisen.

³⁰⁰ HINTERHOFER, S. 12-13, nennt drei Urteile, in denen die Einwilligung strafmildernd berücksichtigt wurde und ein Urteil, in dem die Einwilligung keine solchen Auswirkungen hatte.

³⁰¹ Alle Angaben aus: HINTERHOFER.

³⁰² LG Linz, Urteil vom 17.9.1992, 27 EVr 1744/92 (nv).

³⁰³ OLG Graz, Bestätigung des Urteil des LG für Strafsachen Graz (Urteil 4Hv 16/02 s).

Für Verwirrung und Irritation sorgte das Landesgericht Klagenfurt, in dem es mit Urteil vom 19. Juli 1999 2 HIV-positive Männer wegen ungeschütztem Oralsex nach § 178 StGB-Ö verurteilte und dabei auch den Oralverkehr am HIV-negativen Sexualpartner sanktionierte³⁰⁴. Das Urteil stiess auf Empörung, weil die orale Befriedigung des HIV-negativen Partners durch den HIV-positiven Partner in den offiziellen Informationsmaterialien des Gesundheitsministeriums als völlig risikolos dargestellt wird; auch die orale Befriedigung des HIV-positiven Partners durch den HIV-negativen Partner wird als risikolos bezeichnet, es wird einzig empfohlen, nicht im Mund zu ejakulieren oder dafür ein Kondom zu verwenden³⁰⁵. Das Urteil wurde vom Oberlandesgericht Graz am 27.3.2003 korrigiert. Eine Ansteckung sei zwar nicht zu 100 % ausgeschlossen, dennoch gehe bei Oralverkehr des HIV-positiven Sexualpartners am HIV-negativen Sexualpartner erfahrungsgemäss keine ernst zu nehmende Ansteckungsgefahr aus³⁰⁶.

3.1.4 Das Österreichische Aidsgesetz

Im österreichischen Aids-Gesetz findet sich in § 4 Abs. 1 ein Verbot für HIV-positive Personen, gewerbmässig sexuelle Handlungen am eigenen Körper zu dulden oder solche Handlungen an anderen vorzunehmen. Ausserdem haben sich nach § 4 Abs. 2 Aids-Gesetz Personen, die Handlungen im Sinne von Abs. 1 vornehmen, wiederkehrend, mindestens jedoch in Abständen von drei Monaten einer amtsärztlichen Untersuchung auf das Vorliegen einer HIV-Infektion zu unterziehen. Die Verletzung dieser Bestimmungen stellt nach § 9 Aids-Gesetz eine Verwaltungsübertretung dar und wird mit Busse sanktioniert, im Wiederholungsfall kann auch eine sechswöchige Gefängnisstrafe angeordnet werden.

Im Ergebnis hat das österreichische Aids-Gesetz für HIV-positive Prostituierte ein Berufsverbot zur Folge³⁰⁷. Praktizieren sie den Geschlechtsverkehr mit Ihren Kunden ungeschützt, drohen zudem Sanktionen wegen Verletzung der § 178 StGB-Ö.

3.1.5 Würdigung der Rechtslage und – praxis in Österreich

Die bisherige Praxis österreichischer Gerichte zu den §§ 178 und 179 StGB-Ö lässt einige Fragen offen, so besteht eine Rechtsunsicherheit bezüglich Oralverkehr durch eine HIV-negative Person an einem HIV-positiven Partner. Zwischen den Safer-Sex – Regeln und der Strafrechtspraxis besteht offensichtlich zumindest in Teilbereichen eine Diskrepanz³⁰⁸. Innerhalb der juristischen Lehre Österreichs finden sich gewichtige Stimmen, die für die Strafbarkeit des Sexualverkehrs HIV-positiver Menschen plädieren, selbst dann, wenn dieser geschützt erfolgt³⁰⁹.

³⁰⁴ LG Klagenfurt, 13 EVr 70/99 (nv).

³⁰⁵ Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen (Hrsg.) Gib Aids keine Chance (2000) 7, 13.

³⁰⁶ OLG Graz, Urteil vom 27.3.2003, 11 Bs 105/03.

³⁰⁷ GAUPNER S. 30.

³⁰⁸ Siehe dazu HINTERHOFER, S. 46.

³⁰⁹ So TRIFFTERER, StGB-Komm, § 178; KIENAPFEL/SCHMOLLER, § 178, Rz. 8.

Die österreichischen Aids-Hilfen fordern indes die §§ 178 und 179 StGB-Ö zu streichen oder zumindest den Tatbestand auf eine konkrete tatsächliche Gefährdung zu beschränken³¹⁰. Auch wird vorgeschlagen, dass die Befolgung von gesundheitspolitischen Verhaltensempfehlungen („Safer Sex Regeln“) nicht tatbestandmässig sein dürfe³¹¹. Unterstützt wird diese Forderung von höchster Stelle: „Ich bin der Meinung, dass die strafrechtliche Verfolgung und Verurteilung HIV-positiver Menschen für sexuelle Kontakte mit HIV-negativen Menschen trotz Befolgung der Verhaltensempfehlungen der Gesundheitsbehörden und der Aids-Hilfen dem Anliegen einer effektiven HIV- und Aids-Prävention zuwiderlaufen“, sagte der Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen in seiner Antwort auf eine parlamentarische Anfrage am 5.6.2001³¹².

3.2. Die Rechtslage in Schweden

3.2.1 Die einschlägigen Strafrechts- und Epidemienrechtsnormen

Die HIV-Übertragung wird in Schweden als Körperverletzungsdelikt sanktioniert. Eine einfache Körperverletzung im Sinne von Kapitel 3 Sektion 5 des schwedischen Strafgesetzbuches³¹³ liegt tatbestandmässig auch dann vor, wenn eine Krankheit übertragen wird. Kapitel 3 Sektion 6 StGB-S sieht eine Strafverschärfung bei schwerer Körperverletzung vor. Zu beachten ist zudem, dass bestraft wird, wer durch *grobe Fahrlässigkeit* jemanden anderen einer tödlichen Gefahr oder der Gefahr einer ernsthaften Erkrankung aussetzt (Kapitel 3 Sektion 9 StGB-S: „A person who through gross carelessness exposes another to mortal danger or danger of severe bodily injury or serious illness, shall be sentenced for creating danger to another to a fine or imprisonment for at most two years“)³¹⁴. Rechtstechnisch handelt es sich hier ähnlich wie bei Art. 231 CH-StGB um ein Gefährdungsdelikt. Gemäss Wortlaut werden jedoch in der schwedischen Bestimmung lediglich Individualrechtsgüter geschützt und nicht die allgemeine Volksgesundheit. Der oberste schwedische Gerichtshof hat diese Norm in einem Fall angewendet, in dem die Voraussetzungen zur Bestrafung nach den klassischen Körperverletzungsdelikten mangels ausreichenden Vorsatzes nicht gegeben waren. Im Ergebnis macht sich eine HIV-positive Person bei ungeschütztem Sexualverkehr ohne Information über den HIV-Status an den Sexualpartner wegen fahrlässiger Verbreitung einer gefährlichen Krankheit strafbar³¹⁵.

Zu beachten ist ferner das schwedische Gesetz über übertragbare Krankheiten. Dieses Gesetz (Smittskydslagen³¹⁶) sieht in Kapitel 4 Sektion 2 Verhaltensregeln (Förhållningsregler) für den Fall

³¹⁰ So die Forderungen der Aids-Hilfen im Rahmen des Weltaidstages vom 1. Dezember 2008, siehe <http://www.infektionsnetz.at/AktuellesWelt.phtml> (Zugriff 9.1.2009)

³¹¹ GAUPNER HELMUT, Präsentation am Deutsch-Österreichischen Aids-Kongress 2007 in Frankfurt am Main, siehe die Präsentation Gaupners hier: www.gaupner.at/documents/Gaupner-070627.ppt (Zugriff 9.1.2009).

³¹² Österreichisches Parlament, Geschäfts-Nr. 2313/AB XXI.GP, siehe http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXI/AB/AB_02313/fnameorig_000000.html (Zugriff 9.1.2009).

³¹³ Die englische Version des schwedischen Strafgesetzbuches findet sich auf der offiziellen Homepage der schwedischen Regierung: <http://www.sweden.gov.se/sb/d/3926/a/27777> (Zugriff 9.1.2009). Im schwedischen Strafgesetzbuch werden die Begriffe „Kapitel“ für „Artikel“ verwendet, „Sektion“ meint „Absatz“.

³¹⁴ Siehe die offizielle Übersetzung des schwedischen Strafgesetzbuches: <http://www.sweden.gov.se/sb/d/3926/a/27777> (Zugriff 9.1.2009).

³¹⁵ Siehe die Entscheidung des obersten schwedischen Gerichts: Riksåklagaren har - mot bakgrund av rättsfallet NJA 2002 s. 449 och HD:s dom den 6 april 2004 i mål B 4189-03 http://www.norrkopingsratt.dom.se/Domstolar/hogstodomstolen/Avgoranden/2004/2004-04-06_B_4189-03_dom.pdf (Zugriff 9.1.2009).

³¹⁶ Siehe zum Gesetz über Infektionskrankheiten (Smittskydslagen): schwedische Gesetzessammlung: <http://62.95.69.3/SFSDOC/04/040168.PDF> (Zugriff 9.1.2009).

vor, dass eine Person mit einer übertragbaren Krankheit infiziert ist³¹⁷. Diese Regeln haben auch bei der HIV-Infektion Gültigkeit. Diese Verhaltensregeln bestehen u.a. aus der Pflicht für HIV-Infizierte, den Sexualpartner über die Übertragungsgefahr zu informieren (Verhaltensregel Nr. 5). Weiter besteht die Pflicht, bei sexuellen Kontakten ein Verhalten auszuüben, dass die Risiken der Übertragung minimiert (Safer-Sex). Verstösse gegen diese Regeln ziehen in erster Linie polizei- und ordnungsrechtliche Sicherungsmassnahmen nach sich. Als härteste Massnahme ist dabei die Isolation der betroffenen Personen vorgesehen³¹⁸. Darüber haben die Täter strafrechtliche Konsequenzen zu erwarten, sofern und soweit die oben erwähnten Strafrechtsnormen zum Tragen kommen.

3.2.2 Gerichtspraxis

Gemäss den Untersuchungen aus dem Jahre 2005³¹⁹ und 2008³²⁰ wurden zwischen 1992 und 2008 insgesamt über 50 Personen strafrechtlich verurteilt. Nach Angaben schwedischer Aids-Organisationen werden seit 2004 jährlich zwischen vier und fünf Personen verurteilt. Bei den Verurteilten handelt es sich mehrheitlich um Ausländer und Ausländerinnen, besonders häufig um Menschen aus dem südlichen Afrika. Rund 100 HIV-positive Personen wurden zudem wegen Verstössen gegen das Gesetz über übertragbare Krankheiten sanktioniert³²¹.

3.2.3 Der Fall Enhorn vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte: Grenzen der Verhaltensprävention

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) musste sich im Fall Enhorn gegen Schweden mit der Frage auseinandersetzen, ob die zwangsweise Unterbringung in eine Klinik als Massnahme zur Verhinderung der Verbreitung des HI-Virus gegen Art. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMKR) verstosse³²².

Der Beschwerdeführer (Enhorn) ist seit 1994 mit dem HI-Virus infiziert und hatte dieses bereits an einen seiner Sexualpartner übertragen. Der schwedische Amtsarzt wies darauf hin den Beschwerdeführer an, jeden Sexualpartner über seine Infektion aufzuklären und zudem den Alkoholkonsum so einzuschränken, dass die Urteilsfähigkeit nicht beeinträchtigt werde. Die Weisung beinhaltete weiter die Verpflichtung, im Falle ärztlicher Behandlung das Personal über die HIV-Infektion zu informieren. Zudem wurde Herr Enhorn zu regelmässigen Konsultationen beim Hausarzt und beim Amtsarzt verpflichtet. Diese Weisungen stützten sich auf das Gesetz über übertragbare Krankheiten in der Version von 1988³²³. Da der Beschwerdeführer den Vorladungen des Amtsarztes nicht nachkam, verhängte

³¹⁷ Die HIV/Aids-spezifischen Verhaltensvorschriften wurden im Jahre 2004 eingeführt, siehe: WHO technical consultation in collaboration with the European Aids Treatment Group and Aids Action Europe on the criminalization of HIV and other sexually transmitted infections, Kopenhagen 2006, Anhang, Schweden, S. 23 (http://www.keele.ac.uk/research/lpj/Law_HIV-AIDSPROJECT/WHOCrimconsultation_latest.pdf Zugriff 10.1.2009).

³¹⁸ Zur menschenrechtlichen Grenze solcher Massnahmen siehe die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte weiter unten V.3.2.3, Der Fall Enhorn vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, S. 73 f.

³¹⁹ Siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation/sweden.shtml> (Zugriff 15.1.2009).

³²⁰ Siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (Zugriff 15.1.2009).

³²¹ Alle vorangehenden Angaben beziehen sich auf die Untersuchung GNPplus, siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu „Europe-Central Asia und suche nach „Sweden“, Zugriff 9.1.2009).

³²² European Court of Human Rights, Case of Enhorn v. Sweden, Application No. 56529/00, Judgment 25th January 2005, siehe <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (gehe dann zu: „Application Number“ und gebe ein „56529“, Zugriff 15.1.2009).

³²³ Rz. 9 des Urteils (siehe Fn. 322).

das Verwaltungsgericht erstmals am 25.4.1995 eine dreimonatige zwangsweise Unterbringung. Die Verfügung über die zwangsweise Unterbringung wurde regelmässig um jeweils sechs Monate verlängert. Erfolglos versuchte der Beschwerdeführer, die jeweiligen Verfügungen anzufechten. Der zwangsweisen Unterbringung entzog er sich mehrmals erfolgreich durch Flucht; er wurde jedoch immer wieder angehalten und in einer Klinik untergebracht. Am 12.12.2001 lehnte das Verwaltungsgericht einen Antrag auf Unterbringung ab, da der Aufenthaltsort des Beschwerdeführers unbekannt sei und daher keine Informationen über seinen Gesundheitszustand und sein Verhalten vorlägen. Ab 2002 war den Behörden der Aufenthaltsort anscheinend bekannt, aber der zuständige Amtsarzt hielt eine weitere zwangsweise Anhaltung offensichtlich nicht mehr für notwendig.

Vor dem Gerichtshof war unbestritten, dass die zwangsweise Unterbringung eine Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EMRK darstellt. Zu prüfen war, ob die Freiheitsentziehung durch Art. 5 Abs. 1 lit. E EMRK gerechtfertigt werden könne. Diese Bestimmung ermöglicht die Freiheitsentziehung „mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern“ zu rechtfertigen. Art. 5 Abs. 1 EMRK erfordert überdies, dass die Freiheitsentziehung eine klare rechtliche Grundlage hat. Gemäss dem Gerichtshof genügte Paragraph 38 des schwedischen Gesetzes über übertragbare Krankheiten diesen Anforderungen. Eine Freiheitsentziehung ist indes nur dann rechtmässig, wenn sie überdies im konkreten Fall notwendig und verhältnismässig ist. Entscheidendes Kriterium zur Bewertung der Rechtmässigkeit einer Freiheitsentziehung zur Verhinderung der Verbreitung ansteckender Krankheiten ist, ob die Krankheit gefährlich für die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit ist und ob die Anhaltung der infizierten Person die letzte Möglichkeit zur Verhinderung der Verbreitung der Krankheit darstellt, weil weniger schwerwiegende Massnahmen als unzureichend zum Schutz der öffentlichen Interessen eingestuft wurden. Wenn dieses Kriterium nicht mehr erfüllt ist, fällt die Grundlage für die Freiheitsentziehung weg. Der Gerichtshof wendete diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an und kam zu folgendem Ergebnis: Angesichts der Gefährlichkeit des HI-Virus für die öffentliche Gesundheit und Sicherheit wurde das öffentliche Interesse an einer Massnahme zur Vermeidung der Weiterverbreitung des HI-Virus bejaht. Das Gericht prüfte, ob die zwangsweise Unterbringung des Beschwerdeführers das mildeste Mittel war, um die Verbreitung des Virus zu verhindern. Das Verwaltungsgericht ordnete am 16.2.1995 die Unterbringung des Beschwerdeführers an und verlängerte diese wiederholt bis 12.12.2001 um jeweils sechs Monate. Die Anordnung der Freiheitsentziehung war damit beinahe sieben Jahre lang in Kraft, auch wenn die tatsächliche Anhaltung aufgrund des wiederholten Entweichens des Beschwerdeführers insgesamt nur knapp eineinhalb Jahre dauerte. Die Regierung konnte keine Beispiele für weniger schwerwiegende Massnahmen vorlegen, die in der Zeit zwischen 16.2.1995 und 12.12.2001 in Erwägung gezogen worden wären. Zwar sei unbestritten, dass der Beschwerdeführer nicht allen 1994 vom Amtsarzt erteilten Anordnungen entsprach. Es würden jedoch keine Hinweise darauf vorliegen, dass er in der Zeit zwischen 16.2.1995 und 12.12.2001, die er größten Teils in Freiheit verbrachte, irgendjemanden infiziert oder Geschlechtsverkehr gehabt hätte, ohne den Partner über seine Infektion aufzuklären oder ohne ein Kondom zu benutzen. Aufgrund dieser Fakten kam der Gerichtshof zu folgendem Schluss: „In these circumstances, the Court finds that the compulsory isolation of the applicant was not a last resort in order to prevent him from spreading the HIV Virus because less severe measures had been considered and found to be insufficient to safeguard the public interest. Moreover, the Court considers that by extending over a period of

almost seven years the order for the applicant's compulsory isolation, with the result that he was placed involuntarily in a hospital for almost one and a half years in total, the authorities failed to strike a fair balance between the need to ensure that the HIV virus did not spread and the applicant's right to liberty"³²⁴.

Der Gerichtshof erkannte im Ergebnis eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK und sprach eine Entschädigung von 12 000 Euro für immateriellen Schaden sowie Ersatz des Schadens für Kosten und Auslagen zu.

4. Die Rechtslage in Deutschland, den Niederlanden und in Kanada

4.1. Die Situation in Deutschland

4.1.1 Die HIV-Übertragung als gefährliche Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuches

In Deutschland stellt die HIV-Übertragung eine gefährliche Körperverletzung nach den §§ 223 und 224 des deutschen Strafgesetzbuches (StGB-D)) dar.

§ 223 lautet:

- (1) Wer eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Der Versuch ist strafbar

§ 224 Gefährliche Körperverletzung

(1) Wer die Körperverletzung

1. durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen,
2. mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs,
3. mittels einer hinterlistigen Überfalls,
4. mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich oder
5. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

Die Rechtsprechung behandelt den ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-positiven Menschen als gefährliche Körperverletzung „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung“ im Sinne von § 224 Abs. 1 Ziff. 5 StGB-D. Dabei gehen die Gerichte davon aus, dass es beim ungeschützten Geschlechtsverkehr durch einen HIV-positiven Sexualpartner auf die eingetretene Verletzung und

³²⁴ Rz. 54 des Urteils (siehe Fn. 322).

nicht auf die Gefährlichkeit der Handlung ankomme³²⁵. Im Ergebnis wird also die Tatbegehung als Eignungsdelikt qualifiziert.

Unerheblich ist, ob es durch den ungeschützten Geschlechtsverkehr tatsächlich zur Übertragung des HI-Virus kommt. Bestraft werden sowohl die vollendete Tat wie auch der Versuch³²⁶. Eine Körperverletzung in Form einer Gesundheitsbeschädigung ist im Falle einer Infizierung mit dem HI-Virus damit auch dann vollendet, wenn die Krankheit erst zu einem späteren Zeitpunkt offen ausbricht³²⁷. Ein Versuch liegt vor, wenn der sogenannte Tatentschluss gefällt ist. Der Versuch kann deshalb nur bei einem Vorsatzdelikt bestraft werden. Der Bundesgerichtshof für Strafsachen stellte fest, dass eine HIV-positive Person, die Kenntnis von ihrer Infektion hat und ungeschützten Geschlechtsverkehr praktiziert, billigend in Kauf nimmt, dass der Sexualpartner sich mit dem HI-Virus infiziert, selbst wenn ihm der tatsächliche Infektions-Erfolg möglicherweise nicht willkommen ist³²⁸. Es sind keine Fälle bekannt, in denen es zu Verurteilungen wegen geschützt vorgenommenen Geschlechtsverkehr kam. Die Benutzung eines Kondoms schliesst den Vorsatz zur Körperverletzung aus.

Die Strafbarkeit eines Delikts entfällt beim Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. In Frage kommt vorliegend insbesondere die Einwilligung des Opfers in das Verletzungsrisiko oder den Verletzungserfolg. Im deutschen Strafgesetzbuch ist die Einwilligung wie folgt verankert:

§ 228 Einwilligung

Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

Ist die HIV-negative Person über die HIV-Infektion des Sexualpartners informiert und willigt zum ungeschützten Geschlechtsverkehr ein, so nimmt die Rechtsprechung eine eigenverantwortlich gewollte Selbstgefährdung an. Das bayrische Oberlandesgericht hat bereits 1989 entschieden, die Teilnahme an dieser eigenverantwortlichen Gefährdung bleibe für die HIV-positive Person straflos³²⁹. Das Landesgericht Würzburg bestätigte im Jahre 2007 die Strafflosigkeit für den ungeschützten Geschlechtsverkehr, den eine HIV-positive Person mit einem informierten HIV-negativen Sexualpartner vornimmt. Das Gericht lässt indes offen, ob eine freie und eigenverantwortliche Selbstgefährdung oder eine wirksame Einwilligung vorliegt³³⁰.

4.1.2 Berücksichtigung neuerer medizinischer Erkenntnisse über die Infektiosität

Die Erkenntnis, dass HIV-positive Menschen unter wirksamer Behandlung dauerhaft eine Viruslast unter der Nachweisgrenze aufweisen und damit kaum noch infektiös sind, führt zur strafrechtlich relevanten Frage, ob der Strafvorwurf, durch den ungeschützten Geschlechtsverkehr werde die HIV-Infektion des Sexualpartners „billigend in Kauf genommen“, noch aufrecht erhalten werden kann.

³²⁵ BGH, Urt. v. 04.11.1988 - 1 StR 262/88; BGHSt 36, 1; BGH, Urt. v. 12.10.1989 - 4 StR 318/89; BGHSt 36, 262

³²⁶ BGH, Urt. v. 04.11.1988 - 1 StR 262/88; BGHSt 36, 1.

³²⁷ BGE, Urt. v. 18.10.2007 - 3 StR 248/2007.

³²⁸ BGH, Urt. v. 04.11.1988 - 1 StR 262/88; BGHSt 36, 1 (9 ff.).

³²⁹ BayObLG, Urt. v. 15.09.1989 - RReg. 1 St 126/89; NJW 1990, 131.

³³⁰ LG Würzburg, Urteil v. 13.06.2007, 1 Ks 901 Ja 9131/2005, JuS 2007, 772.

In zwei jüngeren Entscheiden kommt die Auseinandersetzung der Gerichte mit der veränderten medizinischen Ausgangslage zum Tragen.

Vor dem Amtsgericht München berief sich ein HIV-positiver Angeklagter darauf, er habe seinen Sexualpartner gar nicht mit dem HI-Virus infizieren können. Wegen seiner HAART-Therapie sei er nicht infektiös gewesen, eine Aufklärungspflicht über die HIV-Infektion habe demnach nicht bestanden. Ein Sachverständiger bestätigte eine Viruslast von 47 Kopien pro Milliliter Blut am Tattag. Damit lag die Viruslast unter der Erheblichkeitsgrenze von 50 Kopien pro Milliliter. Unter Würdigung der medizinischen Tatsachen erkannte das Gericht, ein Restrisiko von kleiner als 100.000 bestehe bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr weiterhin. Die Strafbarkeit entfiel deshalb nicht. Das sehr geringe Infektionsrisiko wurde indessen strafmildernd berücksichtigt. Ebenfalls strafmildernd wirkte sich aus, dass es sich um einen Spontankontakt handelte und der Geschädigte ohne Nachfrage nach dem HIV-Status zum ungeschützten Geschlechtsverkehr einwilligte³³¹.

Das Amtsgericht Nürtingen sprach dagegen einen der versuchten gefährlichen Körperverletzung in 192 Fällen Angeklagten frei. Das Gericht hielt fest: „Soweit eine Person, die HIV- positiv ist, eine Viruslast von Null hat, ist sie nach medizinischen Gesichtspunkten und menschlichem Ermessen nicht ansteckend. Diese Person kann sonach tatsächlich den HI-Virus nicht übertragen. Ein von dieser Person ausgeübter ungeschützter Geschlechtsverkehr ist daher grundsätzlich -in objektiver Hinsicht -nur als untauglicher Versuch zu werten“³³².

4.1.3 Keine epidemienrechtliche Strafnorm

Deutschland kennt weder eine gesonderte seuchenrechtliche Strafvorschrift noch eine Bestimmung im Strafgesetzbuch noch im Bundesinfektionsschutzgesetz eine Vorschrift, die das Verbreiten übertragbarer Krankheiten unter Strafe stellt. Anders als in der Schweiz bleibt deshalb der ungeschützte Sexualkontakt zwischen einer HIV-positiven und HIV-negativen Person straffrei, wenn die HIV-infizierte Person die andere über die Infektion informiert hat und die nicht infizierte Person in den ungeschützten Verkehr und in das Risiko des Infektionserfolges einwilligt.

Aufgrund einer parlamentarischen Intervention lässt die Bundesregierung aktuell untersuchen, wie andere EU-Staaten und die Schweiz mit strafrechtlichen Massnahmen gegen die HIV-Übertragung vorgehen³³³. Im aktuellen (2007) Aktionsplan zur Umsetzung der HIV/Aids-Bekämpfungsstrategie der Bundesregierung findet sich dagegen das Ziel, Stigmatisierung, Diskriminierung und Kriminalisierung von Menschen, die mit HIV/Aids leben, und ihren Angehörigen sollen gesenkt werden³³⁴.

³³¹ AG München – 813 Cs 123 Js 11023/06 – Urteil vom 26.3.08 – vg. D.XVIII.

³³² AG Nürtingen, 13 Ls 26 (HG) 97756/07.

³³³ Deutscher Bundestag, Geschäfts-Nr. 16/3615, siehe <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/036/1603615.pdf>, siehe auch die Beschlussempfehlung und den Bericht, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/041/1604111.pdf>

³³⁴ Bundesministerium für Gesundheit, Aktionsplan zur Umsetzung der HIV/Aids-Bekämpfungsstrategie der Bundesregierung, 2007, Aktionsziel Nr. 4, S. 82 siehe, http://www.bmg.bund.de/cln_110/nn_1168248/SharedDocs/Downloads/DE/Neu/Aktionsplan-HIV-Aids-deutsch.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/Aktionsplan-HIV-Aids-deutsch.pdf Zugriff 9.1.2009.

4.2. Die Rechtslage in den Niederlanden

4.2.1 Die relevanten Strafrechtsnormen

Eine epidemienrechtliche Strafvorschrift wie im schweizerischen, österreichischen oder schwedischen Recht kennt das niederländische Recht nicht. Der oberste Gerichtshof hielt in seiner Grundsatzentscheidung zur (versuchten) HIV-Übertragung durch ungeschützten Geschlechtsverkehr fest, die Frage ob ungeschützte Sexualkontakte durch HIV-positive Personen bestraft werden solle oder nicht, sei ein Entscheid des Gesetzgebers. Dieser habe indes alle relevanten Aspekte zu berücksichtigen, insbesondere auch solche der öffentlichen Gesundheit³³⁵. Die niederländische Regierung hat entsprechende Abklärungen vorgenommen und kommt zum Schluss, eine HIV-Übertragungsstrafnorm wäre mehr symbolisch und würde sich nachteilig auf die Testbereitschaft möglicher Virusträger/innen auswirken³³⁶. Die Schaffung einer die öffentliche Gesundheit schützenden Strafnorm wird auch vom Parlament abgelehnt³³⁷.

Die HIV-Übertragung kann nach geltendem Strafrecht ein Körperverletzungsdelikt darstellen. Diese sind im niederländischen Strafgesetzbuch (StGB-N) in den Art. 300 ff. geregelt³³⁸. Bei schwerer Körperverletzung wird eine Höchststrafe von bis zu 12 Jahren angedroht Gefängnis (Art. 303 Abs. 1 StGB-N). Führt die Körperverletzung zum Tode ist die Strafe bis zu 15 Jahren (Art. 300 Abs. 2 StGB-N). Art. 82 StGB-N sieht vor, dass eine schwere Krankheit, die nicht geheilt werden und zu einer Behinderung führen kann, einer schweren Körperverletzung gleichkommt. Ein Versuch wird nach Art. 45 StGB-N bestraft, wenn „the intention of the perpetrator will have manifested itself by a start of execution of the crime“. Der Versuch zu einer einfachen Körperverletzung (Art. 300 StGB-N) ist nicht strafbar (Art. 300 Abs. 5 StGB-N).

4.2.2 Gerichtspraxis

Zu strafrechtlichen Verurteilungen wegen HIV-Übertragung kam es in den Niederlanden zwei Mal im Jahre 1989 und danach wieder ab dem Jahre 2001³³⁹. In zwei Grundsatzentscheiden im Jahre 2003 bestätigte der Oberste Gerichtshof der Niederlanden (Hoge Raad der Nederlanden, Strafkamer), dass die Übertragung des HI-Virus bei Kenntnis der Infektion der einen Person und bei Unkenntnis der anderen Person über die Infektiosität ein Körperverletzungsdelikt darstelle³⁴⁰. Im „Leeuwarden case“ wurde ein HIV-positiver Mann wegen ungeschütztem Geschlechtsverkehr mit zwei Minderjährigen wegen (versuchter) schwerer Körperverletzung angeklagt³⁴¹. Streitig war insbesondere, ob der Täter

³³⁵ Supreme Court of the Netherlands, Criminal Division, Judgment of 18 January 2005, Case No. LJN ARI 1860, Erw. 3.7 des Entscheides.

³³⁶ VAN KOUWEN/BRUNENBERG, S. 489.

³³⁷ Siehe den Bericht des Parlaments (House of Representatives, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 29 800 VI nr. 157, <http://www.recht.nl/doc/kst29800-vi-157.pdf> (Zugriff 15.1.2009).

³³⁸ Zum niederländischen Strafgesetzbuch siehe in der niederländischen Gesetzessammlung: <http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/title=Wetboek%20van%20Strafrecht> (Zugriff 15.1.2009).

³³⁹ Alle vorangehenden Angaben beziehen sich auf die Untersuchung GNPplus, siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu „Europe-Central Asia und suche nach „Netherlands“, Zugriff 9.1.2009).

³⁴⁰ Zu diesen Entscheiden siehe: Executive Committee on Aids, Policy & Criminal Law, „Detention or prevention?“ A report on the impact of the use of criminal Law on public health an the position of people living with HIV, der Report kann hier heruntergeladen werden: siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu „Europe-Central Asia und suche nach „Netherlands“ und weiter nach „further reading“, Zugriff 9.1.2009).

³⁴¹ Supreme Court of the Netherlands, Criminal Division, Judgment of 25 March 2003, Case No. LJN AE.

vorsätzlich bzw. bedingt vorsätzlich gehandelt habe (conditional intent, voorwardelijke opzet). Ein bedingter Vorsatz liegt vor, wenn der Täter wissentlich eine beachtliche Wahrscheinlichkeit (considerable chance, aanmerkelijke kans) in Kauf nimmt, dass seine Handlung zu einem bestimmten Ergebnis führen wird³⁴². Der Gerichtshof hielt fest: „... The answer to the question of whether the action creates a significant risk of a certain effect occurring depends on the circumstances of the case, in which important factors are the nature of the conduct and the circumstances in which it is exhibited. There is no reason to link the meaning of the term „significant risk“ to the nature of the effect. In all cases, there must be a risk that may be considered as being significant on the basis of general rules of experience.“ Die Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung³⁴³ erfolgte, weil der Täter um das Risiko einer HIV-Übertragung wusste und dieses akzeptierte. Wenig später bestätigte der Gerichtshof im „Hague case“ diese Rechtsprechung. Verurteilt wurde ein Mann, der ungeschützten Geschlechtsverkehr mit zwei Frauen hatte und wusste, dass er HIV-positiv war³⁴⁴.

Zum eigentlichen Paradigmenwechsel kam es am 18.1.2005. Der oberste Gerichtshof entschied, dass auf Grund des geringen Übertragungsrisikos ein auf die Übertragung des HI-Virus ausgerichteter bedingter Vorsatz in der Regel nicht gegeben sei³⁴⁵. Der Gerichtshof begründet seine Entscheidung wie folgt³⁴⁶:

Erw. 3.3 (...) The answer to the question, whether the act creates the substantial possibility of a certain result is dependent on the circumstances under which it is performed.

Erw. 3.4 The first complain of the ground for cassation poses the question whether it can be deduced from the evidence put forward that the acts found proved – having sexual contact with the victim in the manner described in the judicial finding of fact – created a substantial possibility of grievous bodily harm being inflicted on the victim. The Court of Appeal answered the question in the affirmative.

3.5 The Court of Appeal’s opinion on this, however, is insufficiently substantiated. Although it is possible to deduce from the evidence put forward that the accused created the risk through the acts found proved that the victim would be infected with the HIV virus, the existence of a substantial possibility of such infection cannot follow either from the evidence nor from the Court of Appeal’s other considerations regarding the evidence.

3.6 The fact that a person infected with the HIV virus who has unprotected sexual contact poses a danger does not in itself mean that the sexual acts in question create the kind of possibility of infection with the HIV virus – and thus causing grievous bodily harm – that can be

³⁴² VAN KOUWEN/BRUNENBERG, S. 485 ff.

³⁴³ Eine Verurteilung wegen versuchter Tötung lehnte der Gerichtshof jedoch ab, siehe dazu VAN KOUWEN/BRUNENBERG, S. 486.

³⁴⁴ Zum „Hague case“ siehe den Report „Detention or prevention?“ (Fn.340), S. 19.

³⁴⁵ Supreme Court of the Netherlands (Hoge Rad der Nederlanden), Criminal Division, Judgment of 18 January 2005, Case No. LJV ARI 1860.

³⁴⁶ Die englischsprachige Übersetzung des Entscheides kann hier eingesehen werden: <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu „Europe-Central Asia und suche nach „Netherlands“ und weiter nach „Discussion“, Zugriff 15.1.2009).

considered substantial in answering the question whether a conditional intent existed according to general empirical rules. (...)

Diese Entscheidung bedeutet nicht, dass ungeschützter Geschlechtsverkehr HIV-positiver Personen in jedem Fall straffrei bleibt. Der Gerichtshof hat offen gelassen, dass bei besonderen Umständen der bedingte Vorsatz doch vorliegen könnte:

Erw. 3.6 (...)

It could be a different matter under unusual circumstances involving increased risk; however, the Court of Appeal has determined nothing in this regard, either in the evidence or in its other considerations regarding the evidence. The proposed ground for cassation is thus correct insofar as it is dealt with above.

Weiter besteht die Möglichkeit einer Verurteilung wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung in den Fällen, in denen es tatsächlich zu einer Übertragung des HI-Virus kommt. Voraussetzung ist indes, dass der Nachweis erbracht werden kann, dass die Übertragung genau durch diesen ungeschützten Geschlechtsakt erfolgt ist. In einer Entscheidung im Jahre 2007 verneinte der oberste Gerichtshof jedoch auch die fahrlässige Körperverletzung in einem Fall, indem es zur Übertragung des HI-Virus kam³⁴⁷.

Die Änderung der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes sind wesentlich auf die Aufklärungsbemühungen des niederländischen "Executive Committee on Aids Policy and Criminal Law" zurückzuführen, die mit ihrem Report "Detention or Prevention" wesentlich zur Meinungsbildung bei den Gerichten und im Parlament beitrugen³⁴⁸.

4.3. Die Rechtslage in Kanada

4.3.1 Die (möglichen) Normen zur Bestrafung der HIV-Übertragung

In Kanada gibt es weder im Strafrecht noch im Gesundheitsrecht HIV/Aids spezifischen Rechtsnormen zur Bestrafung der HIV-Übertragung. Das kanadische Strafgesetzbuch sieht verschiedene Bestimmungen vor, die bei einer Übertragung zur Anwendung kommen, namentlich betrifft dies die Körperverletzungsdelikte in den Art. 265 ff des kanadischen Strafgesetzbuches (StGB-C)³⁴⁹.

Eine strafbare Tötlichkeit (assault) begeht nach Art. 265 StGB-C, wer vorsätzlich einen anderen Menschen tötlich berührt, ohne dass diese Person einwilligt.

³⁴⁷ Supreme Court of the Netherlands (Hoge raad der Nederlanden), Judgment 20. February 2007, LJN: AY9659, siehe http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=AY9659&u_ljn=AY9659. Zum Entscheid siehe weiter den Beitrag von A.M. Brands an der Welt-Aidskonferenz in Mexico, WEPE1087 – Dutch approach: no detention, but prevention! – impact of the use of criminal law on public health and the position of PLWHA (Poster Exhibition, Track E).

³⁴⁸ BRAND an der der Welt-Aidskonferenz in Mexico, WEPE1087 – Dutsch approach: no detention, but prevention! – impact of the use of criminal law on public health and the position of PLWHA (Poster Exhibition, Track E).

³⁴⁹ Criminal Code of Canada, kanadische Gesetzessammlung, <http://laws.justice.gc.ca/PDF/C-46.pdf> (Zugriff 15.1.2009).

Die Einwilligung ist nicht gültig, wenn sie betrügerisch erreicht wird (Art. 265 Abs. 3 StGB-C). Eine Tötlichkeit wird mit bis zu fünf Jahren Gefängnis bestraft. Das Strafmass wird auf bis zu 14 Jahren erhöht, wenn die Tötlichkeit zu einer Körperverletzung (assault causing bodily harm, Art. 267 StGB-C) oder zu einer schweren Körperverletzung mit Gefahr für das Leben des Verletzten (aggravated assault, endangers the life of the complainant, Art. 268 StGB-C) führt. Langjährige Strafen sind weiter vorgesehen bei „sexual assault“ (zehn Jahre Gefängnis, Art. 271 StGB-C) und bei „aggravated assault“, 14 Jahre Gefängnis, Art. 272 StGB-C) und „aggravated sexual assault“ (Art. 273 StGB-C). Bei all diesen (Vorsatz) Delikten ist auch der Versuch strafbar³⁵⁰.

Das kanadische Strafrecht sieht in Art. 219 StGB-C Strafen bei krimineller Fahrlässigkeit (criminal negligence) vor, wenn durch eine fahrlässige Handlung das Leben oder die Gesundheit einer anderen Person gefährdet wird. Sofern eine gesetzliche Pflicht zum Handeln besteht, ist auch das Unterlassen einer Handlung zur Vermeidung einer Gefahr für das Leben oder die Gesundheit. Führt die kriminell fahrlässige Handlung zu einer schweren Körperverletzung, liegt das Strafmass bei bis zu zehn Jahren Gefängnis (Art. 221 StGB). Die Anwendung dieser Strafnorm kommt nur in Frage, wenn das HI-Virus durch den ungeschützten Geschlechtsverkehr tatsächlich übertragen wird. Bei Fahrlässigkeitsdelikten ist der Versuch nicht strafbar³⁵¹.

Eine gewisse Relevanz für die HIV-Übertragung hat auch Art. 180 StGB-C. Diese Bestimmung bedroht das Verursachen einer öffentlichen Störung mit Strafe, sofern das Leben, die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Gesundheit gefährdet wird. Streitig ist, ob ungeschützte Sexualkontakte mit *bestimmten* Menschen zu einer Gefährdung der öffentlichen Gesundheit führen können. Die (nicht höchstgerichtliche) Gerichtspraxis dazu ist uneinheitlich³⁵². Die Nähe dieser kanadischen Strafnorm zu Art. 231 StGB ist indes offensichtlich.

4.3.2 Ausgewählte Gerichtsfälle

a) R. v. Cuerrier (1998)

Der Fall R. gegen Cuerrier war der erste HIV-Übertragungsfall, der vom Obersten Gerichtshof (Supreme Court) Kanadas entschieden wurde³⁵³. Der angeklagte Cuerrier wusste seit 1992 von seiner HIV-Positivität. Cuerrier hatte zu zwei Frauen sexuelle Kontakte, ohne dass er diese über seinen HIV-Status aufgeklärt hatte. Die erste Partnerin gab vor Gericht an, im Wissen um die HIV-Infektion von Cuerrier hätte sie mit ihm keinen Geschlechtsverkehr gehabt. Der Gerichtshof argumentierte, durch die Nichtinformation über seinen HIV-Status hätte Cuerrier die Einwilligung seiner Partnerinnen zum Sexualverkehr betrügerisch erlangt, es fehle diesfalls an einem Konsens. In den Worten des Gerichts:

³⁵⁰ Siehe dazu den Leading case „R. v. Williams“ (siehe im Detail hinten) und den Kommentar in der „Canadian HIV/Aids-Policy Review 8 (3) December 2003, S. 50, <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=750> (Zugriff 19.1.2009).

³⁵¹ Canadian HIV/Aids Legal Network, info sheet No 5, Prosecutions under the Criminal Code, see: Criminal negligence causing bodily harm“, <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1318> (Zugriff 19.1.2009).

³⁵² Siehe hinten: HIV-Übertragung als Verstoß gegen die öffentliche Gesundheit?, S. 85.

³⁵³ R. v. Cuerrier, 1998, 2 SCR 371, Supreme Court of Canada, siehe: <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1998/1998rcs2-371/1998rcs2-371.html> (Zugriff 19.1.2009).

„Without disclosure of HIV status there cannot be a true consent. The consent cannot simply be to have sexual intercourse. Rather it must be consent to have intercourse with a partner who is HIV-positive. True consent cannot be given if there has not been a disclosure by the accused of his HIV-positive status. A consent that is not based upon knowledge of the significant relevant factors is not a valid consent. The extent of the duty to disclose will increase with the risks attendant upon the act of intercourse. To put it in the context of fraud the greater the risk of deprivation the higher the duty of disclosure. The failure to disclose HIV-positive status can lead to a devastating illness with fatal consequences. In those circumstances, there exists a positive duty to disclose. The nature and extent of the duty to disclose, if any, will always have to be considered in the context of the particular facts presented“³⁵⁴.

Ein *betrügerisch erlangter* Konsens lag vor, weil die vor dem Sexualkontakt nicht erfolgte Information über die HIV-Status als Verstoss gegen Treu und Glauben gewertet wurde *und* weil dieser Verstoss zu einem signifikanten Risiko einer Körperschädigung führte³⁵⁵. Die HIV-Infektion stellte für den Gerichtshof ein ausreichend signifikantes Schädigungsrisiko dar³⁵⁶.

Dem Gerichtshof blieb nicht verborgen, dass der Gebrauch von Kondomen das Risiko einer HIV-Übertragung reduzieren bzw. praktisch ausschliessen kann. Die Richter/innen kommen zum Schluss, dass (...) „Absolutely safe sex may be impossible. Yet the careful use of condoms might be found to so reduce the risk of harm that it could no longer be considered significant so that there might not be either deprivation or risk of deprivation“³⁵⁷.

Der Gerichtshof setzte sich auch mit dem Argument auseinander, wonach die Kriminalisierung der HIV-Übertragung die Aids-Präventionsstrategie unterminiere. Dieses gehe von der Verantwortung beider Sexualpartner für die Vermeidung der HIV-Übertragung aus, während das Strafrecht die Verantwortung einseitig dem HIV-positiven Partner auferlege. Zusammenfassend verwirft der Gerichtshof diese Argumentation gegen die Anwendung strafrechtlicher Bestimmungen bei der HIV-Übertragung wie folgt:

„In summary, an individual who knows he is HIV-positive and has unprotected sexual intercourse without disclosing this condition to his partner may be found guilty of contravening the provisions of s. 265 of the *Criminal Code*. The section provides protection by way of deterrence for those in the position of the complainants. This section like so many provisions of the *Code* is designed to protect society and this protective role must be recognized and enforced. It is right and proper for Public Health authorities to be concerned that their struggles against Aids should not be impaired. Yet the *Criminal Code* does have a role to play. Through deterrence it will protect and serve to encourage honesty, frankness and safer sexual practices. If the application of the *Criminal Code* really does impede the control of Aids it will be for Parliament to determine whether the protection

³⁵⁴ R. v. Cuerrier, (Fn.353), Rz. 127.

³⁵⁵ R. v. Cuerrier, (Fn. 353), Rz. 128 ff., Rz. 135.

³⁵⁶ R. v. Cuerrier, (Fn. 353), Rz. 128.

³⁵⁷ R. v. Cuerrier, (Fn. 353) Rz. 129 ff.

afforded by the *Code* should be curtailed in the interests of controlling the plague solely by public health measures³⁵⁸.

Diese erste Leitentscheidung zur HIV-Übertragung liess viele Fragen offen. Insbesondere hat der Gerichtshof sich nicht zweifelsfrei dazu geäussert, ob die Verpflichtung zur Offenbarung des HIV-Status auch dann gilt, wenn die safer sex Regeln angewendet werden³⁵⁹. Eine Entscheidung des Manitoba Gerichtshofes von Juli 2008 lässt den Schluss zu, dass die Offenbarungspflicht nur dann entfällt, wenn ein Kondom benutzt wird *und* sich die Viruslast im Zeitpunkt des ungeschützten Geschlechtsverkehrs nicht nachweisen lässt³⁶⁰. Auf diese Entscheidung wird weiter hinten noch vertieft eingegangen³⁶¹.

b) R. v. Williams

In der „Williams-Entscheidung“³⁶² hatte der Gerichtshof u.a. über das erforderliche Beweismass zu entscheiden, ob eine HIV-Übertragung durch die in Frage stehenden ungeschützten Sexualkontakte stattfand. Der Angeklagte Mr. Williams begann im Jahre 1991 eine 18 Monate dauernde Beziehung zu einer Frau. Die Beiden hatten ungeschützten Geschlechtsverkehr. Im November 1991 wurden beide Partner auf HIV getestet, bei Hr. Williams fiel der Test positiv aus, bei seiner Partnerin negativ. Herr Williams verschwieg seiner Partnerin das positive Testergebnis, weiterhin wurde ungeschützt miteinander verkehrt. Die Beziehung endete im Jahre 1992. Zwei Jahre später fiel auch der HIV-Test der Frau positiv aus. Das Gericht kam zum Schluss, es könne nicht rechtsgenügend bewiesen werden, dass die HIV-Übertragung durch Hr. Williams erfolgt sei³⁶³. Indes kam das Gericht zum Schluss, dass Herr Williams durch die ungeschützten Sexualkontakte wegen versuchter schwerer Körperverletzung zu bestrafen sei³⁶⁴.

Bestrafung wegen Versuch setzt vorsätzliches Handeln voraus. Das Gericht erachtete den Vorsatz gegeben. Aufschlussreich sind die folgenden Aussagen des Gerichts: „Once an individual becomes aware of a risk that he or she has contracted HIV, and hence that his or her partner's consent has become an issue, but nevertheless persists in unprotected sex that creates a risk of further HIV transmission without disclosure to his or her partner, recklessness is established“³⁶⁵.

Die Williams-Entscheidung wurde kritisiert. Namentlich Autoren des HIV/Aids Legal Networks Canada³⁶⁶ argumentierten, es sei äusserst schwierig festzustellen, wann eine Person wissen müsste, dass sie HIV-positiv sein könnte. Der Fall zeige auch, dass Strafrecht nicht wirklich hilfreich sei um HIV-Übertragungsrisiken zu vermeiden. Wenn Strafrecht nur bei bekanntem HIV-Status zur Anwendung

³⁵⁸ R. v. Cuerrier, (Fn.353) Rz. 147 ff.

³⁵⁹ ELLIOT S. 17 ff.

³⁶⁰ Court of Queens Bench Manitoba, R. v. Mabior, 2008 MBQB 201 (CanLII), Quelle: <http://www.canlii.org/en/mb/mbqb/doc/2008/2008mbqb201/2008mbqb201.html> (Zugriff 22.1.2009).

³⁶¹ Siehe hinten, Präzisierung des „signifikanten Risikos der HIV-Übertragung“, S. 84.

³⁶² R. v. Williams, 2003, 2 SCR 134, Supreme Court of Canada.

Quelle: <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2003/2003scc41/2003scc41.html> (Zugriff 19.1.2009).

³⁶³ R. v. Williams, (Fn. 112) Rz. 57.

³⁶⁴ R. v. Williams, (Fn. 112), Rz. 60 ff.

³⁶⁵ R. v. Williams, (Fn. 112), Rz. 28.

³⁶⁶ Siehe: <http://www.aidslaw.ca/EN/index.htm> (Zugriff 23.1.2009).

komme, trage dies dazu bei, Personen vom HIV-Test abzuhalten. Wenn jedoch auch das fahrlässige Nichtwissen strafbar sei, eröffne dies einen fast unbeschränkten Anwendungsbereich des Strafrechts (...“ is to invite an overly-broad application of serious criminal penalties and could lead to undesirable invasions of privacy as courts scrutinize whether a person was aware that their past activities put them at risk of HIV infection“)³⁶⁷.

c) Präzisierung des „signifikanten Risikos der HIV-Übertragung“

Der „Manitoba Court“ nahm in der Entscheidung *R. v. Mabior*³⁶⁸ eine Präzisierung der Currier-Rechtsprechung bezüglich der Qualifikation des „signifikanten Risikos“ des Geschlechtsverkehrs einer HIV-positiven Person vor. Dem Angeklagten wurde schwere sexuelle Körperverletzung („aggravated sexual assault“) in mehreren Fällen vorgeworfen. Die Klage wurde mit der Tatsache begründet, dass der Angeklagte es unterlassen hatte, seine Sexualpartnerinnen über seine HIV-Infektion aufzuklären, die Sexualkontakte erfolgten zum Teil geschützt und zum Teil ungeschützt³⁶⁹.

Das Gericht beurteilte gestützt auf medizinische Evidenz die Risiken des geschützten bzw. ungeschützten Geschlechtsverkehrs und berücksichtigte dabei auch die neueren Erkenntnisse über die Nichtinfektiosität HIV-positiver Personen, deren Viruslast nicht mehr nachweisbar ist. Bezüglich der Sicherheit von Kondomen stützte sich das Gericht bei seiner Entscheidung auf Studien, die eine Versagerquote von 20 Prozent belegten. Daraus schloss das Gericht „... I am persuaded that in those circumstances where protection was used and the accused was regarded as infectious by the medical evidence, that a significant risk of serious bodily harm existed“³⁷⁰. Unter der Voraussetzung, dass die Viruslast noch nachweisbar und damit eine reelle Übertragungsgefahr besteht, ändert die Verwendung des Kondoms folgedessen nichts an der Pflicht zur Offenbarung des HIV-Status vor dem Sexualverkehr. Hingegen anerkannte das Gericht, dass dann, wenn kumulativ keine Viruslast nachweisbar ist *und ein Kondom verwendet wird*, „keine Informationspflicht besteht. Die Strafbarkeit besteht indes dann, wenn zwar keine Viruslast mehr vorliegt jedoch kein Kondom verwendet wird. Das Gericht setzte sich intensiv mit dem EKAF-Statement über die Nichtinfektiosität auseinander und ging auch ausführlich auf die Kritik darauf ein³⁷¹. Hervorgehoben wurde, dass das EKAF-Statement ungeschützten Geschlechtsverkehr nur in festen Beziehungen und beim Vorliegen eines Konsens der Partner erwähne, „The Swiss Commission has also stipulated that the position outlined was applicable only to those couples who were in a stable relationship. As well, if all of the criteria were satisfied, unprotected sex should only be undertaken if that was the choice of an informed and uninfected partner; (...“³⁷².

Gestützt auf die differenzierten Ausführungen zu den unterschiedlichen Risiken der HIV-Übertragung verurteilte das Gericht den Angeklagten in vier Fällen wegen Nichtverwendung des Kondoms. In ei-

³⁶⁷ Canadian HIV/Aids legal network, Supreme Court decision *R. v. Williams*, Notice and Commentary, 2003. Quelle: <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=22> (Zugriff 23.1.2009).

³⁶⁸ Court of Queens Bench Manitoba, *R. v. Mabior*, 2008 MBQB 201 (CanLII), Quelle: <http://www.canlii.org/en/mb/mbqb/doc/2008/2008mbqb201/2008mbqb201.html> (Zugriff 22.1.2009).

³⁶⁹ *R. v. Mabior* (Fn. 368), Rz. 9 ff.

³⁷⁰ *R. v. Mabior* (Fn. 368), Rz. 116.

³⁷¹ *R. v. Mabior* (Fn. 368), Rz. 72 ff.

³⁷² *R. v. Mabior* (Fn. 368), Rz. 72.

nem anderen Fall wurde der Angeklagte verurteilt, obwohl der ein Kondom verwendet hatte, jedoch in dieser Zeitspanne die Viruslast noch nachweisbar war. Ein Freispruch erfolgte hingegen in den drei Fällen, in denen der Angeklagte ein Kondom verwendete und in dieser Zeitspanne die Viruslast nicht mehr nachweisbar war³⁷³.

d) HIV-Übertragung als Verstoß gegen die öffentliche Gesundheit?

Zu gegenteiligen Schlussfolgerungen kamen die Gerichte bislang bezüglich der Frage, ob die HIV-Übertragung auch gegen Art. 180 StGB-C (Verursachen einer Störung gegen die öffentliche Gesundheit) verstossen könne. Ein Gericht in Ontario kam 1992 zum Schluss, die durch Sexualkontakte mit bestimmten Individuen ausgelösten Risiken wären nicht unter dem Begriff der „öffentlichen Gesundheit“ fassbar³⁷⁴. Anders entschied indes ein Gericht in Neufundland; „specific individuals are members of the public and it matters not whether deliberate unprotected sex is had with one, one thousand or one million members“³⁷⁵.

e) Bestrafung der Mutter-Kind-Übertragung

Für Aufsehen sorgte im Jahre 2005 eine Entscheidung des Ontario Court of Justice. Eine HIV-positive Mutter wurde wegen „failing to provide the necessaries of life“ schuldig gesprochen. Die Frau hatte während ihrer Schwangerschaft die Einnahme der antiretroviralen Therapie abgebrochen und sie hatte ihren HIV-Status vor der Geburt dem medizinischen Team nicht offenbart, zudem hat sie nach der Geburt das Kind gestillt³⁷⁶. Es handelte sich um die erste Bestrafung einer Mutter wegen der Übertragung des HI-Virus auf ihr Kind.

4.3.3 Häufigkeit von Verurteilungen und Täter/innenprofile

Bis zum Jahre 2008 wurden über 60 Verurteilungen bekannt. Die meisten Fälle betreffend HIV-positive Männer, die sexuelle Kontakte zu Frauen hatten. Bei einigen Verurteilten handelt es sich um Männer, die sexuelle Kontakte zu Männern hatten. Frauen wurden nur vereinzelt verurteilt. Seit dem

³⁷³ R. v. Mabior (Fn. 368), Rz. 116 ff.

³⁷⁴ [1991] OJ No 544 (Gen Div) (QL) (application for restraining order under HPPA); [1991] OJ No 1460 (Gen Div) (QL) (bail review hearing); (1992), 73 CCC (3d) 216 (Ont Ct Prov Div) (preliminary hearing dismissing common nuisance and administering noxious thing charges); (1993), 81 CCC (3d) 257 (Ont Ct Gen Div) (directed verdict acquitting on assault charges); [1993] OJ No 3273 (Gen Div) (QL) (decision to not deliver judgment on criminal negligence charges), siehe zu dieser Entscheidung: HIV/Aids legal network, Canadian Criminal Cases and HIV, 1999. Quelle: <http://www.hawaii.edu/hivandaids/Canadian%20Criminal%20Cases%20and%20HIV.pdf> (Zugriff 19.1.2009)

³⁷⁵ R. v. Hollihan, 1998, Nfld Prov Ct QL. Zu dieser Entscheidung siehe: HIV/Aids legal network, Canadian Criminal Cases and HIV, 1999. Quelle: <http://www.hawaii.edu/hivandaids/Canadian%20Criminal%20Cases%20and%20HIV.pdf> (Zugriff 19.1.2009).

³⁷⁶ Ontario Court of Justice, R. v. J.J. 2006 ONCJ 356, der Urteilstext kann hier heruntergeladen werden: <http://www.heart-intl.net/HEART/020108/RvJJOntCJ2006.pdf> (Zugriff 23.1.2009). Zum Urteil siehe auch: Canadian HIV/Aids Legal Network, info sheet No 1, Prosecutions under the Criminal Code, see: „Transmission of HIV from mother to child“, <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1318> (Zugriff 19.1.2009).

Jahre 2000 wird eine steigende Anzahl an Gerichtsfällen festgestellt³⁷⁷. Die kanadischen Gerichtsfälle werden regelmässig in der Zeitschrift „HIV/Aids Law and Policy Review“ vorgestellt³⁷⁸.

4.3.4 Fazit und Diskussion

Gestützt auf die einschlägigen Strafrechtsbestimmungen und die Gerichtspraxis besteht in Kanada für eine HIV-positive Person eine Pflicht zur Information über den HIV-Status an Sexualpartner/innen bevor es zu sexuellen Aktivitäten kommt, die ein „signifikantes Risiko einer HIV-Übertragung“ beinhalten. Nach der bisherigen Gerichtspraxis trifft dies unbestrittenermassen auf ungeschützten Anal- und Vaginalverkehr zu. Es trifft im Lichte der Manitoba-Entscheidung auch zu auf geschützten Geschlechtsverkehr von HIV-positiven Personen, bei denen die Viruslast noch nachweisbar ist. Eine Informationsverpflichtung besteht weiter für nichtdiagnostizierte Personen, die um ein mögliches früher eingegangenes Übertragungsrisiko wissen oder wissen müssten.

Die kanadische Gerichtspraxis wird von Aidsorganisationen kritisiert. Bemängelt wird, dass äusserst wenig Evidenz für den Nutzen des Einsatzes des Strafrechts gegen die HIV-Übertragung vorliege. Ein menschliches Verhalten wie die Sexualität lasse sich nicht oder nur schlecht durch strafrechtliche Sanktionen leiten, dies zeige auch die Geschichte strafrechtlicher Verfolgung des Alkoholkonsums oder anderer Drogen, der Prostitution oder Homosexualität. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die Kriminalisierung der HIV-Übertragung den Strafverfolgungsbehörden ein weites Feld eröffne, „... The Privacy of confidential medical and counselling records is routinely lost when police search for evidence for a prosecution“³⁷⁹.

5. Zusammenfassendes Fazit

Die vorangehenden Ausführungen zur strafrechtlichen Situation in verschiedenen Staaten zeigen beachtliche nationale Unterschiede, jedoch auch Gemeinsamkeiten. Mit Ausnahme der einem Modellgesetz folgenden Aidsgesetze in einigen westafrikanischen Staaten sowie in einzelnen Gliedstaaten der USA gibt es keine strafrechtlichen Normen, die ausdrücklich und spezifisch die Übertragung der HIV-Infektion mit Strafe bedrohen.

In allen untersuchten Rechtsordnungen kam es zu Verurteilungen wegen tatsächlicher oder versuchter Übertragung des HI-Virus durch ungeschützten Vaginal- und Analgeschlechtsverkehr. Keine gesicherte Rechtspraxis gibt es in mehreren Staaten bezüglich der Strafbarkeit ungeschützten Oralverkehrs. In den USA, Österreich, Schweden und Kanada kam es zu vereinzelt Verurteilungen, obwohl die Angeklagten ein Kondom verwendet, jedoch ihre Sexualpartner nicht über die HIV-Infektion informiert hatten. In Schweden sind HIV-positive gesetzlich verpflichtet, Sexualpartner über die HIV-

³⁷⁷ Allein für das Jahr 2008 werden in der Zeitschrift „HIV/Aids Policy and Law Review“ Strafrechtsfälle besprochen, siehe HIV/Aids-Policy and Law Review No 13, Dezember 2008, „Criminal law and cases of HIV transmission or exposure“, S. 40 ff. Quelle: <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1410> (Zugriff 19.1.2009).

³⁷⁸ Siehe jeweils die Rubrik „Canadian Courts“, die Zeitschrift ist online erhältlich, hier: http://www.aidslaw.ca/EN/publications/HIV_Aids_Policy_Law_Review/index.htm (Zugriff 23.1.2009).

³⁷⁹ Canadian HIV/Aids Legal Network, info sheet Does criminalizing HIV exposure make sense? <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1318> (Zugriff 23.1.2009).

Infektion zu informieren und safer sex zu praktizieren. Einem neueren kanadischen Urteil zu Folge wird differenziert zwischen HIV-positiven Personen mit oder ohne Nachweis der Viruslast. Sofern und soweit Sexualpartner/innen über die HIV-Infektion informiert werden und eine Einwilligung zum ungeschützten Geschlechtsverkehr vorliegt, entfällt die Strafbarkeit wegen Körperverletzungsdelikten sowohl in Deutschland, Kanada und in den Niederlanden.

Die Erkenntnis, dass HIV-positive Personen ohne Nachweis der Viruslast und dem Vorliegen weiterer Voraussetzungen nicht infektiös sind, hat bereits Eingang in die Rechtspraxis gefunden. In einer Entscheidung eines Gerichts in Deutschland führten diese Voraussetzungen zu einem Freispruch während in einem kanadischen Urteil die nicht mehr nachweisbare Viruslast nur in Kombination mit der Verwendung eines Kondoms zu einem Freispruch führte. Das kanadische Gericht hat die Risikofrage auch mit Blick auf die Sicherheit des Kondoms geprüft und ist zum Schluss gekommen, angesichts der Evidenz des Kondomversagens sei ein Konsens in ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einer HIV-positiven Person, bei der die Viruslast noch nachweisbar ist nur dann möglich, wenn der HIV-positive Partner über seine HIV-Infektion informiere. Hier zeigt sich, dass die durch das EKAF-Statement provozierte Debatte über die Signifikanz des HIV-Übertragungsrisikos auch die Frage nach der Sicherheit der Kondome aufs Tapet bringt.

In Schweden und Österreich besteht eine im weitesten Sinne vergleichbare Rechtslage bezüglich Bestrafung der HIV-Übertragung wegen Verstoss gegen die öffentliche Gesundheit. In beiden Staaten kam es zu zahlreichen Verurteilungen, während in Kanada eine entsprechende dem Paradigma der Gemeingefahr folgende Strafrechtsnorm nur selten angerufen wird. Der *strafrechtliche* Public-Health Ansatz wurde auch in den Niederlanden geprüft. Das oberste Gericht lehnte eine Bestrafung des ungeschützten Geschlechtsverkehrs wegen versuchter Körperverletzung ab, da das Gericht die notwendigen Elemente des strafrechtlich relevanten Vorsatzes als nicht gegeben erachtete. Das Gericht hielt fest, eine Strafbarkeit der HIV-Übertragung sei auf dem Wege der Gesetzgebung abzuklären. Die zuständigen Gesundheitsbehörden und das Parlament lehnten indes ein solches Vorhaben ab. Auch in Deutschland wird zurzeit geprüft, ob die geltende Rechtsordnung durch eine strafrechtliche Bestimmung ergänzt werden soll, die den Individualrechtsgüterschutz durch eine Norm flankiert, die den Schutz der öffentlichen Gesundheit bezweckt.

Auffallend ist das kanadische Urteil aus dem Jahre 2005, in dem erstmals eine Mutter-Kind-Übertragung in strafrechtlicher Hinsicht relevant war. Auch das afrikanische Aids-Modellgesetz sieht die Bestrafung der Mutter-Kind-Übertragung vor. Es ist nicht auszuschliessen, dass diese Frage auch in der schweizerischen Strafrechtspraxis virulent wird.

VI. Diskussion und Vorschläge

1. Ausgangslage und Orientierung: Staatlicher Umgang mit HIV/Aids im Spiegel der Menschenrechte

Eine wirkungsvolle Aidspolitik basiert auf der Grundlage der Anerkennung grundlegender Menschenrechte³⁸⁰. Dazu gehören namentlich das Recht auf Leben, das die Staaten zu einer wirkungsvollen HIV/Aids-Bekämpfung verpflichtet, das Recht auf persönliche Freiheit einschliesslich sexueller Selbstbestimmung, das Recht auf Schutz der Privatsphäre und Datenschutz sowie das Recht auf medizinische Versorgung³⁸¹. Die Staaten treffen dabei Verpflichtungen auf drei Ebenen: Erstens müssen sie die Menschenrechte respektieren (obligations to respect), zweitens haben sie für einen wirkungsvollen Schutz der Menschenrechte auch in privaten Verhältnissen zu sorgen (obligations to protect) und drittens müssen sie die Verwirklichung der Menschenrechte fördern (obligations to fulfil)³⁸².

Greift der Staat durch straf- oder polizeirechtliche Massnahmen in die Freiheit oder in das Vermögen der Bürgerinnen und Bürger ein, ist dies nur innerhalb menschenrechtlicher Schranken zulässig. Hier zeigt sich die Bedeutung der „obligations to respect“ gegenüber Virusträgern und Virusträgerinnen. Straf- wie verwaltungsrechtliche Massnahmen gegenüber Menschen mit HIV/Aids haben namentlich das Menschenrecht auf sexuelle Selbstbestimmung³⁸³, das Recht auf Privatsphäre und Datenschutz³⁸⁴ sowie das Recht auf persönliche Freiheit³⁸⁵ zu respektieren. Beschränkungen dieser (und anderer) Menschenrechte müssen stets auf einer ausreichend klaren und bestimmten gesetzlichen Grundlage beruhen³⁸⁶. Zudem muss die konkrete Massnahme im öffentlichen Interesse liegen und insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen³⁸⁷. Diese menschenrechtlichen Schranken staatlichen Umgang mit der HIV-Infektion binden den Gesetzgeber aber auch die Verwaltung und die Gerichte³⁸⁸.

Die „obligations to protect“ verlangen vom Staat den aktiven Schutz der Menschenrechte. Hinsichtlich der HIV-Infektion bedeutet dies, dass die Menschen einen Anspruch darauf haben, dass der Staat die HIV-Infektion aktiv und mit geeigneten Mitteln bekämpft³⁸⁹. Strafrechtsnormen zum Schutze von Leib und Leben bilden Ausdruck der Schutzpflicht des Staates zum Schutz des Lebens und der körperlichen Integrität³⁹⁰. Insoweit sind auch Strafrechtsnormen, die eine Übertragung des HI-Virus unter Strafandrohung stellen, menschenrechtlich motiviert. Es gilt indes zu beachten, dass solche Strafrechtsnormen nur dann dem Schutz der Menschenrechte dienen, wenn sie auch tatsächlich Leib und

³⁸⁰ PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 56.

³⁸¹ AMON, S. 1 ff., siehe auch: Canadian Aids-Legal-Network, Programming HIV/Aids. A Human Rights Approach. A tool for international development and community-based organizations responding to HIV/Aids, Canadian Version, Montreal, 2004, siehe <http://www.aidslaw.ca/publications/publicationsdocEN.php?ref=596> (Zugriff: 15.2.2009).

³⁸² Canadian Aids-Legal-Network, siehe Fn 379.

³⁸³ Zum Recht auf sexuelle Selbstbestimmung im Zusammenhang mit der HIV/Aids-Bekämpfung siehe GAUPNER

³⁸⁴ In der Schweiz verankert in Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 BV.

³⁸⁵ In der Schweiz verankert in Art. 10 BV.

³⁸⁶ In der Schweiz verankert in Art. 36 Abs. 1 BV.

³⁸⁷ In der Schweiz verankert in Art. 36 Abs. 2 und Abs. 3 BV.

³⁸⁸ In der Schweiz verankert in Art. 36 Abs. 1 und Abs. 3 BV.

³⁸⁹ PÄRLI Aus: „Ten reasons to oppose the criminalization of HIV-exposure or transmission“, S. 7. (Quelle: http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918/10reasons_20081201.pdf (Zugriff: 22.2.2009). (Siehe Literaturliste, Publikation ist im Erscheinen begriffen).

³⁹⁰ Zur Problematik siehe grundsätzlich: LAGODNY, insbes. S. 256 ff.

Leben der HIV-negativen Bevölkerung dienen. Die bisherigen Erkenntnisse über die Wirksamkeit strafrechtlicher Normen gegen die HIV-Übertragung lassen diesen Schluss nicht zu³⁹¹. Zudem setzt der Einsatz des Strafrechts immer einen menschenrechtlichen Abwägungsentscheid voraus.

Die Kriminalisierung der HIV-Übertragung kollidiert mit dem Menschenrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, wenn auch der einvernehmliche ungeschützte Sexualkontakt bestraft wird, wie dies in der Schweiz nach gängiger Gerichtspraxis der Fall ist. Weiter erscheint in menschenrechtlicher Hinsicht eine Massnahme wie Verpflichtung zur Meldung der Sexualpartner an eine Justizvollzugsstelle³⁹² äusserst problematisch.

Zu den „obligations to protect“ gehört auch der Schutz vor Diskriminierung unter Privaten³⁹³. „Obligations to fulfil“ spielen eine zentrale Rolle im Zusammenhang mit der Gewährung wirtschaftlicher und sozialer Rechte. Diese sind für die HIV-Prävention zentral. Die auf der Lernfähigkeit der Individuen basierende Public Health-Strategie der Bekämpfung von Aids erweist sich dann als wirksam, wenn sie die *Förderung der Solidarität und Nichtausgrenzung* mit von HIV/Aids Betroffenen und von HIV/Aids Gefährdeten beinhaltet³⁹⁴. UNAIDS-Berichte zeigen auf, dass Stigmatisierung, Diskriminierungen und andere Menschenrechtsverletzungen fatale Auswirkungen auf die epidemiologische Entwicklung zeigen³⁹⁵. Entsprechend fordert UNAIDS „rights-based anti-discriminatory policies and legislation“³⁹⁶.

Die Menschenrechte zwingen den Staat und die Gesellschaft zu einem rationalen Umgang mit einer Krankheit, die insbesondere zu Beginn ihres Auftretens irrationale, kollektive Ängste hervorgerufen hat. Untaugliche, repressive Mittel der Epidemienbekämpfung wurden proklamiert. So wurden in Deutschland wie in der Schweiz in den 80iger Jahren von Ärzten und Politikern Vorschläge in die Diskussion gebracht, zur Vermeidung von Neuansteckungen seien HIV-Infizierte mit einer Tätowierung im Genitalbereich zu kennzeichnen³⁹⁷. Ein solches staatlich verordnetes, konsequentes Sichtbarmachen einer Krankheit wurde nicht umgesetzt. Massive invasive seuchenpolizeiliche Massnahmen –die Internierung von Erkrankten oder die namentliche Erfassung von Menschen mit HIV/Aids – waren und sind mit Gesetz und Verfassung nicht zu vereinbaren, die Brandmarkung im Intimbereich schon gar nicht. *„Recht gegen Aids“*, schrieben die Autorinnen und Autoren der 1987 erschienen Publikation, *heisst Schutz des Einzelnen vor aidsbedingter Unterdrückung durch Staat und Gesellschaft*. Das Recht solle nicht *gegen die Menschen mit HIV/Aids* eingesetzt werden, sondern als Mittel zur Bekämpfung der HIV-Infektion³⁹⁸. Recht, so lässt sich zugespitzt festhalten, schützt vor Aids, vor allem dann, wenn die Einhaltung und Verwirklichung der Menschenrechte als *Orientierung, Schranke und Gradmesser* der HIV/Aidspolitik dient.

³⁹¹ Siehe Umstrittene Wirkung der Strafrechtsnormen, S. 67.

³⁹² Siehe Urteil H020 Bezirksgericht Zürich 3. Abteilung – Prozess Nr. DG050473/U – Urteil vom 15.3.2006 (erstinstanzlich), S. 116 f.

³⁹³ PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 107.

³⁹⁴ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (HIV/Aids-Programm), S. 10.

³⁹⁵ UNAIDS (Case studies), S. 75.

³⁹⁶ UNAIDS (Case studies), S. 73.

³⁹⁷ BAUMANN, S. 43.

³⁹⁸ BAUMANN/GEISER ET. AL. S. 2 (Vorwort der Herausgeber).

2. Positionen gegen die Kriminalisierung der HIV-Übertragung

2.1. Die Haltung der UNAIDS

Im Jahre 2002 publizierte die UNAIDS ein Policy Dokument zum Verhältnis von Strafrecht und öffentlicher Gesundheit im Zusammenhang mit der HIV-Übertragung³⁹⁹. Im Kontext der zunehmenden Kriminalisierung der HIV-Übertragung diskutierte fünf Jahre später (2007) eine „UNAIDS Reference Group on HIV and Human Rights“ die durch die Kriminalisierung aufgeworfenen Probleme⁴⁰⁰. Grundsätzlich wurde argumentiert, „Criminal and/or public health legislation should not include specific offences against deliberate and intentional transmission of HIV but should rather apply general criminal offences to these exceptional cases“⁴⁰¹. Darüber hinaus erörterten die Experten Fragen wie diejenigen, ob lediglich die tatsächliche HIV-Übertragung bestraft werden solle (actual transmission) oder ob auch der Versuch strafbar sein solle („exposure to transmission“)⁴⁰². Diskutiert wurde weiter, ob Strafrecht nur bei vorsätzlicher HI-Virus-Übertragung oder auch bei Fahrlässigkeit eingesetzt werden solle⁴⁰³. Schliesslich wurde gefragt, ob HIV-positive Menschen nur eine moralische oder auch rechtliche Pflicht haben (sollen), ihre Sexualpartner über den HIV-Status aufzuklären⁴⁰⁴.

Gestützt auf die erwähnten Vorarbeiten publizierte die UNAIDS im Rahmen der WeltAids-Konferenz in Mexico 2008 ihre Stellungnahme zur Kriminalisierung in einem Policy-Dokument⁴⁰⁵. Die UNAIDS befürwortet die Kriminalisierung der HIV-Übertragung nur bei „intentional transmission - where a person knows his or her HIV positive status, acts with the intention to transmit HIV, and does in fact transmit it“⁴⁰⁶. In allen anderen Fällen sei auf die Kriminalisierung der HIV-Übertragung zu verzichten, insbesondere dann,

- wenn die Person gar nicht weiss, dass sie HIV-positiv ist,
- nicht weiss, wie HIV übertragen wird,
- den HIV-Status dem Sexualpartner bekannt gibt oder nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass dieser Kenntnis davon hatte,
- den HIV-Status nicht bekannt gab, weil begründet Angst vor Gewalt oder anderen negativen Konsequenzen geltend gemacht werden kann,
- die safer-Sex Regeln eingehalten wurden
- das Risiko einer HIV-Übertragung mit dem Sexualpartner im Voraus besprochen wurde⁴⁰⁷.

Für die UNAIDS führt die unverhältnismässig breite Anwendung von Strafrecht gegen die HIV-

³⁹⁹ UNAIDS, „Criminal Law, Public Health and HIV Transmission – A Policy Options Paper“, Geneva, 2002, siehe http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub02/JC733-CriminalLaw_en.pdf (Zugriff 15.1.2009).

⁴⁰⁰ Siehe das Diskussionspapier dieser Expertengruppe: http://data.unaids.org/pub/BaseDocument/2006/070216_HHR_3_Criminalization.pdf (Zugriff 15.1.2009).

⁴⁰¹ Zum gleichen Schluss kommt auch der Bericht WHO Europe: „WHO technical consultation in collaboration with the European Aids Treatment Group and Aids Action Europe on the criminalization of HIV and other sexually transmitted infections“, October 2006, S. 14. Zum Bericht: <http://www.euro.who.int/document/e88049.pdf>

⁴⁰² Diskussionspapier der Expertengruppe, Diskussionspunkt 6 (Fn. 400).

⁴⁰³ Diskussionspapier der Expertengruppe, Diskussionspunkt 7 (Fn. 400).

⁴⁰⁴ Diskussionspapier der Expertengruppe, Diskussionspunkt 8 (Fn. 400).

⁴⁰⁵ UNAIDS (Criminalization).

⁴⁰⁶ UNAIDS (Criminalization).

⁴⁰⁷ UNAIDS (Criminalization), S. 1 (Introduction).

Übertragung zu einem erhöhten Stigmatisierungs- und Diskriminierungsrisiko gegen Menschen mit HIV/Aids und hat somit negative Auswirkungen auf den Zugang zur Prävention, Behandlung, Pflege und Beratung⁴⁰⁸. Statt die HIV-Übertragung zu kriminalisieren werden den Staaten Aids-Programme empfohlen, welche die Menschenrechte sowohl der HIV-negativen wie der HIV-positiven Bevölkerung garantieren. Solche Programme sollen den Zugang zu freiwilligen HIV-Tests und zu Beratung erleichtern und „should include *positive* prevention efforts which empower people to living with HIV to avoid transmitting HIV to other, to voluntarily disclose their positive status in safety, avoid new sexually transmitted infections, and delay HIV disease progression“⁴⁰⁹.

Die UNAIDS widersetzt sich auch jeder gesetzlichen Verpflichtung zur Information über den HIV-Status gegenüber Sexualpartnern oder medizinischem Personal und begründet dies wie folgt: „Everyone has the right to privacy about their health and should not be required by law to reveal such information, especially where it might lead to serious stigma, discrimination and possibly violence, as in the case of HIV status“⁴¹⁰. Die UNAIDS hält jedoch klar fest, dass alle Personen eine *ethische* Verpflichtung hätten, andere nicht zu verletzen. Unter Bezugnahme auf die „Political Declaration on HIV“ erachtet die UNAIDS die staatliche Propagierung von safer Sex und der freiwilligen Offenbarung des HIV-Status als notwendig. Solche Programme müssten jedoch der Schutz vor Diskriminierung und die Garantie der Menschenrechte von Menschen mit HIV/Aids beinhalten⁴¹¹.

2.2. Zehn Gründe gegen die Kriminalisierung: Das Argumentarium des „Open Society Institutes“

Das „Open Society Institute“ ist eine Nichtregierungsorganisation mit Sitz in New York. Das Institut setzt sich für die Förderung toleranter Demokratien ein⁴¹². Tätigkeitsgebiete bilden u.a. die öffentliche Gesundheit und HIV/Aids. Im Nachgang zur Weltaidskonferenz in Mexico 2008 erarbeitete das Institut zusammen mit Aids-Organisation eine umfassende Begründung, weshalb die Kriminalisierung der HIV-Übertragung falsch ist. Im Einklang dem der Position der UNAIDS wird die strafrechtliche Sanktionierung der HIV-Übertragung in klar abgrenzbaren Ausnahmefällen bejaht. Als Alternative der strafrechtlichen Sanktionierung der HIV-Übertragung ausserhalb dieser Fälle wird im Thesenpapier den Staaten empfohlen, Menschen mit HIV/Aids wirksam vor Diskriminierung zu schützen. So werde ein Klima geschaffen, in dem HIV-gefährdete Menschen freiwillig HIV-Testangebote in Anspruch nehmen, safer sex Praktiken ausüben und den allfällig positiven HIV-Status den Sexualpartnern/innen freiwillig offenlegen, „When there are low levels of stigma and discrimination in a social setting, people feel empowered to get tested for HIV and prevent the onward transmission of HIV“⁴¹³.

⁴⁰⁸ UNAIDS (Criminalization), S. 3 (Concerns about miscarriage of justice).

⁴⁰⁹ UNAIDS (Criminalization), S. 2 (Alternatives to criminal law).

⁴¹⁰ UNAIDS (Criminalization), S. 4 (Disclosure and partner notification).

⁴¹¹ UNAIDS (Criminalization), 2008, S. 4 (Disclosure and partner notification).

⁴¹² Zum Mission-Statement des Open Society Institutes siehe dessen Homepage: <http://www.soros.org>

⁴¹³ Aus: „Ten reasons to oppose the criminalization of HIV-exposure or transmission“, S. 5 (Quelle: http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918/10reasons_20081201.pdf (Zugriff: 22.2.2009)).

Die Publikation enthält zehn Gründe gegen die Kriminalisierung. Die thesenartigen zehn Punkte sind ausführlich kommentiert. Nachfolgend werden die zehn Thesen und zum Teil Auszüge aus der Begründung dargestellt⁴¹⁴:

1. Die Kriminalisierung von HIV-Übertragungen ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Übertragung in der böswilligen Absicht anderen Schaden zuzufügen erfolgt. In diesen seltenen Fällen kann und sollte, anstatt neue HIV-spezifische Gesetze zu erlassen, die Anwendung des bereits existierenden Strafrechts erfolgen.

2. Die Anwendung des Strafrechts auf HIV-Exposition oder -Übertragung reduziert nicht die Ausbreitung von HIV.

Diese These wird mit der fehlenden wissenschaftlichen Begründung für die Nützlichkeit des Strafrechts zur Bekämpfung der HIV-Epidemie begründet⁴¹⁵.

3. Die Anwendung des Strafrechts auf HIV-Exposition oder -Übertragung untergräbt Bemühungen der HIV-Prävention.

Hier wird argumentiert, die strafrechtliche Sanktion der HIV-Übertragung führte zu einem falschen Sicherheitsgefühl bei der HIV-negativen Bevölkerung. Zudem führe die Strafbarkeit der HIV-Übertragung zu Misstrauen zwischen den HIV-positiven Personen und Betreuungspersonen, da die Information über eine HIV-Übertragung an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet werden könnten⁴¹⁶.

4. Die Anwendung des Strafrechts auf HIV-Exposition oder -Übertragung verbreitet Angst und führt zu Stigmatisierung.

5. Anstatt Frauen Gerechtigkeit zu verschaffen, gefährdet sie die Anwendung des Strafrechts auf HIV-Exposition und -Übertragung und trägt zu einer weiteren Unterdrückung bei.

6. Die Gesetze, die HIV-Exposition und -Übertragung kriminalisieren, sind zu weit gefasst und bestrafen oftmals Verhalten, das nicht schuldhaft ist.

7. Die Gesetze, die HIV-Exposition und -Übertragung kriminalisieren, werden oft ungerecht, selektiv und unwirksam angewendet.

⁴¹⁴ Aus der deutschen Übersetzung des Dokuments, zu beziehen hier:

http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918 (Zugriff: 13.2.2009).

⁴¹⁵ Aus: „Ten reasons to oppose the criminalization of HIV-exposure or transmission“, S. 7. (Quelle: http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918/10reasons_20081201.pdf (Zugriff: 22.2.2009).

⁴¹⁶ Aus: „Ten reasons to oppose the criminalization of HIV-exposure or transmission“, S. 8. (Quelle: http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918/10reasons_20081201.pdf (Zugriff: 22.2.2009).

An strafrechtliche Verfolgung der HIV-Übertragung berge das Risiko einer selektiven und willkürlichen Vorgehensweise der Untersuchungsbehörden, insbesondere ohnehin marginalisierte gesellschaftliche Gruppen wären einem vergleichsweise hohen Verfolgungsrisiko ausgesetzt. Zudem wird erwähnt, die Kriminalisierung führe zu gravierenden Verletzungen der Privatsphäre⁴¹⁷.

8. Die Gesetze, die HIV-Exposition und -Übertragung kriminalisieren, verdecken die wahre Herausforderung der HIV-Prävention.

9. Anstatt Gesetze einzuführen, die HIV-Exposition und -Übertragung unter Strafe stellen, sollten die Gesetzgeber die Gesetze reformieren, die der HIV-Prävention und -Behandlung im Weg stehen.

10. Bestrebungen die auf Menschenrechten gründen sind am effektivsten.

Die breite Kriminalisierung von HIV-Exposition und -Übertragung gefährde die auf Menschenrechten basierenden Programme im Kampf gegen HIV⁴¹⁸.

Angesichts der weltweit und auch in der Schweiz festzustellenden zunehmenden Tendenz, die HIV-Übertragung zu kriminalisieren, stellt das Thesenpapier ein wichtiges Instrument von Aids-Organisationen dar, um im politischen Prozess gegen die Einführung oder Anwendung spezifischer HIV/Aids-Strafnormen argumentieren zu können.

3. Wichtigste Erkenntnisse aus der empirischen und dogmatischen Analyse der HIV-Strafurteile

3.1. Strafrecht bei HIV: überwiegend bei freiwilligen, heterosexuellen Sexualkontakten

Der Gegenstand strafrechtlicher Beurteilung im Zusammenhang mit HIV/Aids sind ganz klar Sexualkontakte, denen ein Risiko der Übertragung von HIV innewohnen kann. Die entsprechenden **Kontakte haben zum ganz überwiegenden Teil freiwillig und in heterosexuellen Konstellationen** stattgefunden, nur in drei der 36 Konstellationen kam es zu Vergewaltigungen und anderen sexuellen Übergriffen. Eine grosse Rolle spielen **Versuchstatbestände**, was in Abgrenzung zu vollendeten Tatbeständen mit Beweisschwierigkeiten zu tun haben dürfte und in Abgrenzung zu Freisprüchen eine Folge davon ist, dass die Rechtsprechung den Vorsatz sehr weitreichend bejaht, auch in Konstellationen mit äusserst geringer Übertragungswahrscheinlichkeit.

⁴¹⁷ Aus: „Ten reasons to oppose the criminalization of HIV-exposure or transmission“, S. 17 f. (Quelle: http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918/10reasons_20081201.pdf (Zugriff: 22.2.2009).

⁴¹⁸ Aus: „Ten reasons to oppose the criminalization of HIV-exposure or transmission“, S. 24 (Quelle: http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918/10reasons_20081201.pdf (Zugriff: 22.2.2009); siehe zur Bedeutung der Menschenrechte im Kampf gegen die HIV-Epidemie und zur Disfunktionalität des Strafrechts auch PÄRLI (Siehe Literaturliste, Publikation ist im Erscheinen begriffen).

Die Statistik zeigt, dass im überwiegenden Masse Sachverhalte zur gerichtlichen Beurteilung gelangen, wo es unter Beteiligung von Menschen mit HIV und solchen ohne HIV zu ungeschützten **sexuelle Handlungen in neuen Partnerschaften kommt und die seronegativen Partner vom Serostatus nichts wissen**. Eine zweite häufige Konstellation ist die, wo **in neuen Partnerschaften über den Serostatus auf entsprechende Nachfrage hin nicht wahrheitsgemäss Auskunft gegeben wird**. Eine dritte gehäuft vorkommende Situation ist die, dass **in langjährigen Partnerschaften nicht über den Serostatus aufgeklärt wird**. Schliesslich kommt es auch häufig zu Verurteilungen, wo **bei bekanntem Serostatus der Partner aufgeklärt wird, und im gemeinsamen Wissen ungeschützte Kontakte stattfinden. Hier erfolgt regelmässig eine Verurteilung des seropositiven Partners** wegen der Verletzung von Art. 231 StGB, seit 2004 aber nicht mehr wegen (versuchter) schwerer Körperverletzung⁴¹⁹.

3.2. HIV-Serostatus als Krankheit zwischen straf- und sozialversicherungsrechtlicher Beurteilung

Nach herrschender Praxis erfüllt eine wissentlich seropositive Person bei ungeschützten, nicht von den Safer-Sex-Regeln gedeckten Sexualkontakten den Tatbestand von Art. 122 StGB. Kommt es dabei nicht zu einer Infektion, so wird eine versuchte schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 i.V.m. Art. 22 StGB angenommen. Meint eine seronegative Person fälschlicherweise HIV-positiv zu sein, so wird eine Erfüllung des Tatbestandes in der Variante des untauglichen Versuches einer schweren Körperverletzung gemäss Art. 122 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 Satz 2 nStGB (Art. 23 aStGB) angenommen. Einem positiven Serostatus bzgl. HIV wird also Krankheitswert zugemessen.

Eine Differenzierung zwischen der sozialversicherungsrechtlichen und der strafrechtlichen Beurteilung von HIV wurde bislang in der Rechtsprechung nie erwogen. Die Beurteilung von HIV als Krankheit im sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht, um die entsprechenden Therapiebehandlungen über die Krankenversicherung zu decken, liesse sich aber durchaus dogmatisch mit einer differenzierten Beurteilung des Krankheitswertes eines positiven HIV-Serostatus im strafrechtlichen Sinne kombinieren. Das gilt insbesondere für die Fälle, wo die aktuellen hoch effektiven Antiretroviraltherapien dazu führen, dass die Viruslast weit unter die Nachweisgrenze fällt⁴²⁰. Insoweit erhält die insbesondere Mitte der 1990er Jahre diskutierte Frage des Krankheitswertes eines positiven Serostatus neue Virulenz und eine neue Dynamik hinsichtlich des Verhältnisses von sozialversicherungsrechtlicher und strafrechtlicher Beurteilung von HIV/Aids. Die Rechtsprechung hat dies bislang aber noch nicht aufgenommen.

Das Bundesgericht selber weist darauf hin, dass für die (sozialversicherungsrechtliche) Bewertung der HIV-Positivität eine funktionale Betrachtung nötig sei⁴²¹. Was das Bundesgericht für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung anerkennt, gilt unseres Erachtens a fortiori generell für die Frage der rechtlichen Bewertung von HIV: Im Sinne einer folgenorientierten und funktionalen Auslegung nach Sinn und Zweck sind die anerkannten Ziele der HIV-Prävention nämlich einzubeziehen, um die Frage

⁴¹⁹ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119).

⁴²⁰ VERNAZZA et al., S. 163 ff.

⁴²¹ BGE 124 V 118, 125 (Urteil C 003).

des sozialversicherungs- und strafrechtlichen Beurteilung der HIV-Positivität zu entscheiden: Wenn eine wirksame Behandlung, wie heute bekannt, Voraussetzung ist, um die Viruslast und damit das Ansteckungsrisiko massiv zu senken, so müssen Anreize geschaffen werden, damit eine solche Behandlung möglichst aufgenommen und weiter geführt wird.

Insoweit ist klar, dass sozialversicherungsrechtlich die HIV-Positivität insoweit krankheitswert haben muss, als dies Voraussetzung für die Übernahme der entsprechenden Behandlungskosten durch das Sozialversicherungssystem darstellt. De dadurch ermöglichte Therapie führt unter gewissen Voraussetzungen dazu, dass in strafrechtlicher Hinsicht ein Ansteckungsrisiko real kaum mehr besteht. Etwas zugespitzt liesse sich sagen, dass die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der HIV-Positivität als Krankheit geradezu Voraussetzung ist, dass im strafrechtlichen Sinne keine Krankheit mehr vorhanden ist und übertragen werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist die Frage der strafrechtlichen Beurteilung von ungeschützten sexuellen Handlungen von HIV-positiven Personen, deren Viruslast im nicht mehr nachweisbaren Bereich liegt, neu zu prüfen und zwar unabhängig davon, ob es sich um informierte oder nicht informierte Kontakte handelt und unabhängig von der sozialversicherungsrechtlichen Bewertung der HIV-Positivität.

3.3. Opfermitverantwortung und Einwilligung: es fehlt an vertiefter Analyse

Die Rechtsprechung geht wie dargestellt hinsichtlich Art. 122 StGB bei informierten, ungeschützten Sexualkontakten bei Tatherrschaft des Betroffenen von einer Selbstgefährdung aus, welche die Strafbarkeit des HIV-positiven Partners insoweit ausschliesst. Darin kommt das Prinzip der Eigenverantwortung und der Opfermitverantwortung zum Ausdruck, das letztlich auch dem Präventionskonzept bzgl. HIV/Aids⁴²² entspricht.

Es fehlt aber bislang an einer vertieften Auseinandersetzung mit der Frage, was die Selbst- und Eigenverantwortung hinsichtlich des strafrechtlichen Umganges mit HIV/Aids tatsächlich bedeutet. Namentlich die Frage, ob eine einseitige Aufklärungspflicht für die Strafflosigkeit nicht entfallen müsste, wenn der nicht wissende HIV-negative Partner den positiven Serostatus des Partners in Kauf nimmt oder/und den ungeschützten Verkehr explizit möchte, sollte vertieft geprüft und diskutiert werden. Insbesondere sollte insoweit die spezifischen HIV/Aids-präventionsbezogene Konzept der Doppelverantwortung Eingang in die strafrechtliche Abwägung finden.

Die Frage rührt daran, welches hinsichtlich HIV/Aids das gesellschaftlich erlaubte Risiko darstellen soll. Diese Frage sollte rational und nicht geprägt vom Bild des Ausnahmetatbestandes Aids diskutiert werden.

Bzgl. Art. 231 StGB wird auf der anderen Seite dem „informed consent“ – wenig konsequent - keinerlei Bedeutung zugemessen und die Strafbarkeit des HIV-positiven Partners durch die Zustimmung zum ungeschützten Sexualakt nicht geschmälert.

⁴²² Vgl. BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (Aids-Programm).

Wollte man die Idee der Doppelverantwortung insoweit konsequent anwenden, so müssten – wenn schon – bei einvernehmlichen ungeschützten Sexualkontakten beide Partner verurteilt werden wegen Verbreitung einer gefährlichen Krankheit. Beide wirken nämlich daran mit, den Virus zu übertragen und somit das Risiko einer Drittübertragung zu erhöhen. Das gilt insoweit auch für das Opfer, da es selber im Moment der Risikübernahme nicht weiss bzw. wissen kann, ob und wie verantwortungsbewusst es sich nach einer allfälligen Ansteckung verhalten wird.

Eine solche doppelte uferlose Bestrafung bei ungeschützten Kontakten würde aber allen Bemühungen um HIV-Prävention diametral entgegen stehen, zumal die Gefahr besteht, dass dann die Betroffenen vermehrt darauf verzichten würden, sich testen zu lassen

3.4. HIV-Übertragung als gemeingefährliches Delikt?: die Frage der Revision von Art. 231 StGB

Ein kriminalpolitisches Bedürfnis für Art. 231 StGB ist kaum ersichtlich: Soweit eine HIV-positive Person ihren Sexualpartner nicht informiert oder hinsichtlich des Serostatus täuscht und ungeschützt verkehrt, und somit einen Sexualpartner oder eine Sexualpartnerin gefährdet oder gar ansteckt, so sind individuelle Rechtsgüter verletzt sind und es kommt nach gängiger Praxis Art. 122 StGB (oft in Form des Versuchs) zur Anwendung. Insoweit besteht ein weiterer Anwendungsbereich für eine strafrechtliche Bearbeitung von HIV-Übertragungen, und zwar – ausserhalb der konsensualen Selbstgefährdung des Opfers - unabhängig davon, wo und wie die Übertragung erfolgt und selbst dann, wenn im Rahmen des Versuches gar keine Übertragung erfolgte. Mit einem Strafrahmen von mindestens 180 Tagessätzen Geldstrafe bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe besteht insoweit ein breites Feld für den symbolischen und generalpräventiv fundierte Einsatz von Strafrecht bei HIV/Aids.

Bei einer Streichung von Art. 231 StGB würde also praktisch eine strafrechtliche Beurteilung nur dort wegfallen, wo jemand das Risiko einer Infektion in Kauf nimmt; namentlich durch informierten ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einer HIV-infizierten Person. Wo aber keine Individualrechtsgüter verletzt werden, sondern die öffentliche Gesundheit im Spiel steht, kann Strafrecht nicht mehr als die HIV/Aids-Präventionsstrategie, die sich international und national erfolgreich etabliert hat, flankieren. Das gilt umso mehr als Art. 231 StGB auch historisch als strafrechtliche Ausformung der Präventivgesetzgebung geschaffen wurde.

Eine aktuelle Auslegung von Art. 231 StGB muss daher zwingend abgesicherte und unbestrittene Grundsätze der HIV/Aids-Prävention der Behörden, die geprägt sind von der Normalisierung von HIV/Aids, berücksichtigen. Mit Blick auf das Grundmuster der Selbstverantwortung und der Nichtdiskriminierung kann dies nichts anderes bedeuten, als auf die Anwendung von Art. 231 StGB zu verzichten, zumal schon dogmatisch die Anwendung sehr diskutierbar ist (Sexualkontakt als Verbreiten einer Krankheit), bzw. die in der Praxis einhellig sichtbare einseitige Verurteilung des HIV-Positiven auch bei ungeschützten Kontakten mit informierten Opfern dogmatisch angefochten werden muss.

Die aktuelle Reform der Epidemiengesetzgebung bietet die Chance, die gesetzgeberischen Grundlagen zu schaffen, um eine Kohärenz zwischen HIV/Aids-Prävention und strafrechtlichen Umgang mit HIV zu schaffen. Bzgl. Art. 231 StGB kann das dessen Abschaffung bedeuten, zumal die epidemien-

rechtlich wichtigen Präventionspflichten durch nebenstrafrechtliche Normen spezifisch abgesichert werden.

Will man dem nicht folgen, so besteht mit Blick auf das Ziel der Kohärenz die Möglichkeit, den Art. 231 StGB auf das epidemienrechtlich Notwendige einzuschränken. Die im Raum stehenden Vorschläge hierzu können aber unseres Erachtens nicht restlos überzeugen:

Der Vorschlag von Niggli⁴²³ sieht vor, die Strafbarkeit auf böswilliges Verhalten zu beschränken. Mit der Einführung dieses gesinnungsbezogenen Begriffes der Böswilligkeit ist aber nicht viel gewonnen, zumal der Begriff ziemlich konturlos erscheint. Aber auch die Idee von BEGLINGER⁴²⁴, die Anwendung zu klären, indem der Aspekt der Gemeingefahr direkter in den Tatbestand aufgenommen wird, würde zwar wohl den Anwendungsbereich von Art. 231 StGB einschränken, überzeugt aber wie dargestellt deshalb kaum, weil ein so gestalteter Art. 231 StGB mit weiteren Auslegungsproblemen und Rechtsunsicherheiten verbunden wäre⁴²⁵. Das ist schon daraus ersichtlich, dass die Bedeutung des analogen Begriffes für die Anwendung von Art. 232 StGB (gefährliche Krankheiten unter Tieren) ähnlich umstritten ist, wie der bisherige Anwendungsbereich von Art. 231 StGB.

Insgesamt bleibt es dabei, dass für die Anwendung von Art. 231 StGB keine kriminalpolitische Notwendigkeit besteht, da die damit verbundenen Folgen lückenlos von den Individualdelikten abgedeckt sind, oder dann aber die Risikovermeidung bzgl. Dritten – im Sinne einer sinnvollen Abgrenzung der Risikosphären und der Selbstverantwortung – vom Opfer getragen werden müssen. Flankierende epidemienrechtliche Interessen können über die nebenstrafrechtlichen Normen des Epidemiengesetzes, die direkt auf Gefährdungen der öffentlichen Gesundheit gerichtet sind, abgedeckt werden.

3.5. Schweizerische Rechtsprechung im Lichte internationaler Empfehlungen zum Umgang mit HIV

Vergleicht man die Schweizerische Strafrechtspraxis mit den Forderungen der UNAIDS⁴²⁶ zur Kriminalisierung von HIV-positiven Menschen, so fällt auf, dass in der Schweizerischen Praxis insbesondere durch den weiten Anwendungsbereich von Art. 231 StGB Menschen, entgegen den internationalen Empfehlungen, in Fallkonstellationen kriminalisiert werden, wo dafür keine Notwendigkeit und teilweise präventive Schädlichkeit die Folge sind.

Namentlich die Strafbarkeit der ungeschützten Sexualkontakte in neuen oder bestehenden Partnerschaften, im Wissen um die eigene Infektion oder im Wissen um die Möglichkeit des positiven Sero-status eines Partners nach Art. 231 StGB lässt sich nicht rechtfertigen.

Die Rechtsprechung hat in BGE 131 IV 1⁴²⁷ mit der Anerkennung der Möglichkeit der rechtfertigenden Einwilligung in eine Selbstgefährdung bzgl. Art. 122 StGB und mit der Anerkennung der Straflosigkeit

⁴²³ NIGGLI, S. 41.

⁴²⁴ BEGLINGER, Art. 232 N 1 ff.

⁴²⁵ Siehe genauer Kapitel IV.3.3 Revision Art. 231 StGB, S. 59.

⁴²⁶ Siehe VI.2.1 Die Haltung der UNAIDS, S. 90.

⁴²⁷ Vgl. Fallvignette A 005, S. 119).

bei Einhalten der Safer Sex-Regeln⁴²⁸ einen ersten Schritt der Anerkennung von straffreien Risikobereichen im Zusammenhang mit HIV/Aids gemacht.

Die Frage des Umfangs des erlaubten Risikos ist aber nicht eindeutig gezogen. Vor dem Hintergrund des Konzept der geteilten Verantwortung kann es dabei nicht einzig darum gehen, ob und inwieweit der Partner über den HIV-positiven Status aufgeklärt wurde⁴²⁹. Das Unrecht der Körperverletzung bzw. der Gefährdung einer Person bei einer versuchten Körperverletzung liegt nämlich nicht primär im Nichtwissen oder in einem allfälligen Vertrauensbruch gegenüber dem Sexualpartner, auch wenn der Konsens sicherlich einen erheblichen Faktor für den Rahmen des erlaubten Risikos darstellt. Entscheidend ist darüber hinaus vielmehr auch, wie gross objektiv das Risiko ist, dem man eine andere Person aussetzt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der medizinische Fortschritt dieses Risiko in zweierlei Hinsicht reduziert hat: Einerseits sind die Folgen einer Ansteckung mit HIV zwar nach wie vor gravierend, aber weit mehr kontrollierbar als noch anfangs der 1990er Jahre, andererseits kann durch eine effiziente Behandlung die Chance der Ansteckung unter Umständen massiv reduzieren. Zumindest dort, wo das Ansteckungsrisiko statistisch vernachlässigbar wird, sollte dies auch strafrechtliche Berücksichtigung finden.

Analog zu den anerkannten Safer-Sex-Regeln sind deshalb die erlaubten Risiken im Zusammenhang mit HIV/Aids, entsprechend rationaler medizinischer Erkenntnisse, durch die Fachpersonen der Aids-Prävention und des Bundesamtes für Gesundheit zu definieren. Es ist zu wünschen, dass dies in klarer und unmissverständlicher Weise geschieht, namentlich auch bzgl. der neuen Erkenntnisse bzgl. der Viruslast unter effektiver Behandlung⁴³⁰. Die Strafjustiz kann und muss dann, gerade im Sinne der Kohärenz der Rechtsordnung, diese Erkenntnisse in die dogmatische Beurteilung einbeziehen. Strafrecht kann nicht Null-Risiko verlangen, sondern einzig die Überschreitung der erlaubten Risiken ahnden. Strafrecht ist auch insoweit nicht *prima ratio*, sondern *ultima ratio*.

4. Antworten und Empfehlungen an die Aids-Hilfe Schweiz

4.1. Beantwortung der Forschungsfragen der Aids-Hilfe Schweiz

Die Antworten zu den von der Aids-Hilfe Schweiz gewünschte Bearbeitung der nachfolgenden Forschungsfragen erfolgte an verschiedenen Stellen und mit unterschiedlicher Ausführlichkeit. Nachfolgend werden die Forschungsfragen und die präzisen Verweise auf die Bearbeitung im Rahmen der vorliegenden Studie angebracht.

Die Forschungsfragen:

1. Vertiefte Analyse der medizinischen Annahmen, auf denen die Urteile beruhen

⁴²⁸ Instruktiv Urteil des Kreisgerichts Konolfingen vom 5.12.2007 (Fallvignette H 019, S. 114).

⁴²⁹ In diese Richtung aber gehen die Erwägungen in BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005, S. 119); siehe dazu auch die Empfehlungen von UNAIDS oben unter VI.2.1 Die Haltung der UNAIDS, S. 90.

⁴³⁰ Erste Anzeichen dafür finden sich im Urteil des cour correctionnelle des Kantons Genf vom 13.1.2009 (Urteil H 022).

a. Fliessen neue medizinischen Entwicklungen zur Übertragbarkeit (z.B. Viral Load) oder zum Krankheitsverlauf („keine unmittelbar tödliche Krankheit mehr) und zur Lebenserwartung (erhöht dank ART) in die Rechtssprechung ein, sowohl bei Tatbestandsmässigkeit als auch bei der Strafzumessung (War das Risiko einer Übertragung gegeben/hoch/tief? Kann trotz ART noch immer von einer schweren Körperverletzung gesprochen werden? Etc.)?

Siehe dazu die Ausführungen unter III.6 Die Bedeutung medizinischer Entwicklungen und präventiver Empfehlungen in der Strafrechtspraxis, S. 44.

b. Welche Literatur wird zitiert? Wie alt ist sie? Fliessen neuere Studien ein (z.B. SwissRe zur Lebenserwartung)?

Siehe dazu die Ausführungen unter III.6 Die Bedeutung medizinischer Entwicklungen und präventiver Empfehlungen in der Strafrechtspraxis, S. 44.

2. Gibt es Hürden in der Rechtssprechung, die es nicht erlauben, die Erfolge in der Behandlung der HIV-Infektion aufzunehmen? Gibt es blinde Flecken?

a. Welche Auswirkungen hat das Spannungsverhältnis der Definition einer HIV-Infektion als „Krankheit“ im Sozialversicherungsrecht (anspruchsbegründend) und im Strafrecht (kriminalisierend)?

Siehe dazu die Ausführungen unter VI.3.2 HIV-Serostatus als Krankheit zwischen straf- und sozialversicherungsrechtlicher Beurteilung, S. 94.

b. Werden die Tatbestände der schweren Körperverletzung (StGB 122) und der Übertragung einer gefährlichen menschlichen Krankheit (StGB 231) der Realität von HIV-Infektionen und deren Behandlung heute gerecht? Genug Flexibilität (Feinabstimmung)? Könnte ev. sogar nur eine leichte Körperverletzung begründet werden?

Siehe dazu die Ausführungen unter III.2 HIV-Übertragung als Delikt gegen Leib und Leben³¹ und III.3 HIV-Übertragung als Verbreiten einer gefährlichen Krankheit, S. 34.

3. Lässt sich aus dem Täter-/Opferprofil genauere Erkenntnis über die Art der Partnerschaft gewinnen?

Siehe dazu die Ausführungen unter II.2.2 Täterprofil/Opferprofil und Kontaktkonstellationen, S. 20.

a. Gibt es häufiger Verurteilungen in gewaltvollen Beziehungen und in anonymen Settings oder in festen Partnerschaften? Dies vor allem auf dem Hintergrund unseres Positionspapiers mit abgestuften Graden der Intimität/Vertraulichkeit und entsprechend den Verantwortlichkeiten.

Siehe dazu die Ausführungen unter II.2.2 Täterprofil/Opferprofil und Kontaktkonstellationen, S. 20ff. und VI.3.1 Strafrecht bei HIV: überwiegend bei freiwilligen, heterosexuellen Sexualkontakten, S. 93.

4. Wo genau befinden sich die Friktionen zwischen der Ausrichtung im Strafrecht und im Epidemienrecht (Präventionsansatz der geteilten Verantwortung)?

Siehe dazu V.2.2.3, Umstrittene Wirkung der Strafrechtsnormen, S. 67, VI.2.1 Die Haltung der UNAIDS, S. 90 f., und VI.2.2 Zehn Gründe gegen die Kriminalisierung: Das Argumentarium des „Open Society Institutes“, S. 91 f.

a. Gibt es gute Argumente, die man anbringen kann, um eine Harmonisierung herbeizuführen Richtung effektiver Prävention? Oder zugespitzt gesagt: Das BAG finanziert eine (erfolgreiche) Präventionskampagne basierend auf der Eigenverantwortung jedes und jeder Einzelnen – diese Eigenverantwortung hat im Strafrecht aber keine/kaum Bedeutung.

Strafrecht ist ultima ratio; damit verbietet sich eine Harmonisierung im Sinne einer Verankerung von Strafrechtsnormen gegen die nicht wahrgenommene Eigenverantwortung. Eine Harmonisierung ist demzufolge vielmehr so anzustreben, dass die Strafbarkeit im Sinne unserer Erwägungen entfällt, siehe insbesondere die Ausführungen unter VI.3.5 Schweizerische Rechtsprechung im Lichte internationaler Empfehlungen zum Umgang mit HIV, S. 97.

b. Art. 35 Epidemiengesetz in diesem Zusammenhang: Ausarbeitung von allfälligen Empfehlungen zur Revision.

Siehe dazu die Ausführungen im Kapitel über die Revision des Epidemiengesetzes, IV.3.2 Für die HIV/Aids-Bekämpfung relevante Änderungen, S. 58 f.

5. Muss das Positionspapier abgeändert werden?

a. Welche Interpretationen oder Aussagen müssten angesichts der neueren Urteilspraxis abgeändert werden? Und warum?

Siehe dazu die Ausführungen unter VI.4.2 Überarbeitung des Strafrechtspapier der AHS, S. 101 f.

b. Neue Fälle aufführen.

Siehe dazu die Ausführungen unter VI.4.2 Überarbeitung des Strafrechtspapier der AHS, S. 101 f.

6. Wie sollen die medizinischen Behandlungserfolge und die verbesserte gesundheitliche Situation der HIV-positiven Menschen mit Blick auf das Epidemiengesetz (v.a. dessen Revision) bewertet werden?

Siehe dazu die Ausführungen unter III.6 Die Bedeutung medizinischer Entwicklungen und präventiver Empfehlungen in der Strafrechtspraxis, S. 44.

4.2. Überarbeitung des Strafrechtspapier der AHS

Eine der Zielsetzungen dieser Forschungsarbeit liegt darin, Grundlagen für die Überarbeitung des Positionspapiers der AIDS-Hilfe Schweiz zur Strafbarkeit der HIV-Übertragung⁴³¹ zu generieren.

Dazu haben wir die im Positionspapier differenzierten Fallkonstellationen mit der Schweizerischen Rechtsprechung abgeglichen und um im Positionspapier nicht enthaltene, in der Rechtsprechung aber relevante Konstellationen ergänzt. Die neuen ergänzten Situationsvarianten sind untenstehend kursiv dargestellt:

Situation 0: *Serostatus negativ, Person geht fälschlicherweise von einem positiven Serostatus aus, mit oder ohne Information des Partners, ungeschützte Kontakte*⁴³².

Situation 1: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus nicht und hat mit dem Partner bzw. der Partnerin geschützte oder ungeschützte Kontakte

- **Variante 1a** *die Situation, dass HIV-positive Person ihren Serostatus nicht kennt, aber kennen könnte*⁴³³.

Situation 2: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, Partner/Partnerin wird informiert und es finden geschützte Sexualkontakte statt.

Situation 3: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, Partner/Partnerin wird nicht informiert und es finden geschützte Sexualkontakte statt.

- **Variante 3a:** mit Kondomversagen.
- **Variante 3b** *die Beschränkung auf Oralverkehr oder andere nach den Safer Sex-Regeln erlaubten Risiken nach Kenntnis des positiven Serostatus, ohne den Partner über diesen zu informieren*⁴³⁴.
- **Variante 3c** *ungeschützte sexuelle Kontakte ohne Information des Partners bei Einhaltung der effektiven Antiretroviraltherapie (mit Wirkung massiv gesenkter Viruslast)*⁴³⁵.

Situation 4: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, Partner/Partnerin wird informiert und es finden ungeschützte Sexualkontakte statt.

Situationen 5: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, Partner/Partnerin wird nicht informiert und es finden ungeschützte Sexualkontakte statt.

⁴³¹ AIDS-HILFE SCHWEIZ, S. 2 ff.

⁴³² Vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 27. 10. 2004 (Fallvignette G011, Fall B 003), S. 121.

⁴³³ Vgl. BGE 134 IV 193 (Fallvignette A 006, S. 111).

⁴³⁴ Vgl. Urteil des Kreisgerichts Konolfingen vom 5.12.2007 (Fallvignette H 019, S. 114; Urteil des Strafgerichts Bezirk La Broye und Nord-Waadts vom 20.4.2004 (Urteil H 009).

⁴³⁵ VERNAZZA ET. AL., S. 163 f.; erste Anzeichen der Aufnahme der neuen Erkenntnisse in die Rechtsprechung im Fall H 021 (Urteil derzeit noch offen).

Variante 5 a: in einer festen Beziehung, ungeschützte Kontakte werden nach Kenntnisnahme Serostatus ohne Information Partner fortgesetzt.

Variante 5 a2, der Fall, wo nach Kenntnisnahme des positiven Serostatus in einer festen Beziehung ungeschützte Kontakte fortgesetzt werden unter aktiver Verleugnung des Serostatus gegenüber dem Partner oder der Partnerin⁴³⁶.

Variante 5 b: mit einer neuen Partnerin/einem neuen Partner unter Falschangabe auf Nachfrage, ob Serostatus positiv sei.

Variante 5 c: mit einer neuen Partnerin/einem neuen Partner, ohne dass Serostatus Thema ist.

Situation 6: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, steht in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Partnerin/zum Partner und informiert diesen nicht über positiven Serostatus, verlangt aber Gebrauch des Kondoms, während der Partner auf ungeschützten Verkehr besteht.

Situation 7: HIV-negative Person steht in einem Abhängigkeitsverhältnis zur HIV-positiven Person. Diese nützt das sexuell aus, und infiziert Sexualpartner willentlich oder nimmt dies in Kauf.

Situation 8: Absichtliche Injektion von Blut mit HI-Viren.

Situation 9: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus und beisst das Opfer.

Situation 10: HIV-positive Person kennt ihren Serostatus und vergewaltigt das Opfer.

Situationen 11-18⁴³⁷, Strafbarkeit von Drittpersonen

Im Weiteren haben wir die Urteile darauf hin ausgewertet, ob sie Elemente enthalten, die von den bisherigen Ausführungen der Aids-Hilfe Schweiz zu „rechtlichen Überlegungen“ abweichen. Im Sinne einer Übersicht sind in untenstehender Tabelle die Urteile den Fallsituationen zugeordnet:

Tabelle 9: Übersicht Fallvarianten, die in der erhobenen Rechtsprechung vorkommen⁴³⁸

Situation	Urteil in der Studienfallsammlung ⁴³⁹
Situation 0	B 003/G 011
Situation 1a	A 006

⁴³⁶ Vgl. BGE 125 IV 242 (Fallvignette A 003, S. 124).

⁴³⁷ Im Positionspapier sind darunter die Strafbarkeit von Drogensüchtigen beim Spritzentausch (Situation 11), die Strafbarkeit der Ärztin bzw. einer beratenden Person wegen mangelnder Information (Situationen 12 und 13), die Strafbarkeit des Arztes wegen Nichteinhaltung der Hygienevorschriften (Situation 14), die Strafbarkeit des Zuhälters, der eine Sexworkerin zu ungeschütztem Sex zwingt (Situation 15), die Strafbarkeit der Laborleitung für Blutkonserven mit HI-Viren (Situation 16), die Strafbarkeit einer Anstaltsleitung, wenn zwischen Insassen eine HIV-Übertragung erfolgt (Situation 17) und die Strafbarkeit von Verantwortlichen für Swinger-Clubs etc., wenn es zwischen Teilnehmenden zu ungeschütztem Sex kommt (Situation 18) genannt.

⁴³⁸ Bezeichnung Urteile gemäss Nummerierung in der eigenen Datenbank; Schlüssel siehe Urteilsübersicht S.108. In einem Urteil können sich verschiedene Fallkonstellationen manifestieren.

⁴³⁹ Die komplette Fallsammlung der Studie findet sich zusammen mit dem Schlussbericht der Studie auf einer CD-Rom.

Situation 2	
Situation 3	
Situation 3a	H 006
Situation 3b	H 009, H 019
Situation 3c	H 021, H 022
Situation 4	A 005, G 008, G 013, G 014, G 017, H 002, H 003, H 020
Situation 5a	G 016, G 017, H 002, H 004, H 010, H 022
Situation 5a2	A 003
Situation 5b	G 007, G 009, G 020, H 004, H 006, H 023, H 024
Situation 5c	A 001, A 003, A 005, B 005, G 001, G 005 G 007, G 008, G 010, G 013, G 014, H 005, H 007, H 011
Situation 6	
Situation 7	H 018
Situation 8	
Situation 9	G 002
Situation 10	H 010, H 013
Situation 11-18	A 002, B 001
Nicht klar ersichtlich	G 018, H 022

Quelle: Eigene Datenbank Projekt strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen

Im Einzelnen empfehlen wir folgende Überarbeitungen:

1. Der Abgleich der AHS-Fallsituationen mit den ausgewerteten Urteilen zeigt, dass einige in der Strafrechtspraxis vorkommende Konstellationen bislang noch nicht Eingang in das Positionspapier der Aids-Hilfe Schweiz gefunden haben.

Das gilt insbesondere für folgende Konstellationen:

- Serostatus negativ, Person geht fälschlicherweise von einem positiven Serostatus aus, informiert den Partner nicht, ungeschützte Kontakte⁴⁴⁰ (**Situation 0**).
- HIV-positive Person kennt ihren Serostatus nicht und hat mit dem Partner bzw. der Partnerin geschützte oder ungeschützte Kontakte. Sie könnte ihren Serostatus aber kennen⁴⁴¹ (**Variante 1a**).
- HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, Partner/Partnerin wird nicht informiert. Die betroffene Person beschränkt sich auf Oralverkehr oder andere nach den Safer Sex-Regeln erlaubten Risiken nach Kenntnis des positiven Serostatus, ohne den Partner über diesen zu informieren⁴⁴² (**Situation 3 b**).

⁴⁴⁰ Vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 27. 10. 2004 (Fallvignette G011, S. 121).

⁴⁴¹ Vgl. BGE 134 IV 193 (Fallvignette A 006, S. 111).

⁴⁴² Vgl. Urteil des Kreisgerichts Konolfingen vom 5.12.2007 (Fallvignette H 019, S. 114 ; Urteil des Strafgerichts Bezirk La Broye und Nord-Waadts vom 20.4.2004 (Urteil H 009).

- HIV-positive Person kennt ihren Serostatus, Partner/Partnerin wird nicht informiert und es finden ungeschützte sexuelle Kontakte ohne Information des Partners bei Einhaltung der effektiven Antiretroviraltherapie (mit Wirkung massiv gesenkter Viruslast)⁴⁴³ (**Variante 3c**).
- HIV-positive Person setzt nach Kenntnisnahme des positiven Serostatus in einer festen Beziehung ungeschützte Kontakte fort, unter aktiver Verleugnung des Serostatus gegenüber dem Partner oder der Partnerin⁴⁴⁴. (**Variante 5 a2**).

Diese Fallvarianten sollte Aufnahme finden in das Positionspapier und hinsichtlich der Rechtslage kurz erläutert werden.

2. Im jetzigen Positionspapier spielt im Besonderen die Beziehungskonstellation eine erhebliche Rolle. Dies ist gerechtfertigt, da die allermeisten strafrechtlich relevanten Fälle die Übertragung von HIV durch sexuelle Kontakte betrifft. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob das Papier nicht ganz auf die Strafbarkeit der Übertragung von HIV durch sexuelle Kontakte reduziert werden sollte.
3. Im Allgemeinen Teil der Ausführungen könnte noch verstärkt darauf hingewiesen werden, dass eine Ansteckung nicht unbedingt notwendig ist für eine strafrechtliche Verfolgung, weil das Strafrecht die Kategorie der versuchten und selbst der untauglich versuchten Tatbestandsverwirklichung kennt.
4. Die strafrechtliche Praxis kennt Fälle, wo jemand wegen untauglichem Versuch zu Art. 122 und Art. 231 bei negativem Serostatus bestraft wird, wenn er ungeschützte Kontakte hat und nicht über seinen (vermeintlichen) Serostatus informiert. Diese Fallkonstellation ist neu aufzunehmen (neue Situation 0).
5. Die Situation 1 des jetzigen Positionspapiers betrifft das Nichtwissen der HIV-positiven Person bzgl. ihres Serostatus. Die rechtlichen Überlegungen enthalten hier die Aussage, dass auch Menschen mit Risikoverhalten nicht strafrechtlich verfolgbar sind, wenn sie ungeschützte Sexualkontakte haben.

Dieser Punkt ist zu überarbeiten unter Berücksichtigung von BGE 134 IV 193, z.B. im Sinne einer Variante 1a: Dem gemäss kommt eine Fahrlässigkeitshaftung nach Art. 122 und Art. 231 in Frage, wenn jemand mit besonderem Risikoverhalten wissen kann, dass er HIV-positiv ist und trotzdem sexuelle Kontakte fortsetzt. Es ist aber zu beachten, dass in jenem Fall dem Betroffenen von einer Sexualpartnerin aktiv eröffnet wurde, sie sie HIV-positiv gewesen. Es bestand also eine eindeutige Risikosituation.

⁴⁴³ VERNAZZA et. AL., S. 163 f.; erste Anzeichen der Aufnahme der neuen Erkenntnisse in die Rechtsprechung im Fall H 021 (Urteil derzeit noch offen).

⁴⁴⁴ Vgl. BGE 125 IV 242 (Fallvignette A 003, S. 124).

6. Das Positionspapier enthält die Konstellation, wo die HIV-positive Person um den Serostatus weiss, den Partner informiert und geschützte Sexualkontakte hat (Situation 2). Dort wird darauf verwiesen, dass es bei Anwendungsfehler/Kondomversagen etc. in diesen Fällen nicht zu einer Verurteilung nach Art. 122 StGB kommen könne (Einwilligung), aber eine Verurteilung nach Art. 231 StGB in Frage komme.

Dafür konnten wir in der Rechtsprechung keine Beispiele finden. Folgt man der Idee des „erlaubten Risiko“ im Rahmen von Safer Sex, so wie es namentlich im Urteil des Kreisgerichts Konolfingen⁴⁴⁵ im Besonderen verankert ist, so kann in dieser Situation auch nach Art. 231 StGB keine Verurteilung erfolgen. Bei der geltenden Lage ist wohl ein Hinweis darauf, dass auch ein Freispruch für Art. 231 StGB wegen erlaubtem Risiko möglich sei, dass aber keine eindeutige bundesgerichtliche Praxis dazu bestehe.

Es könnte sich auch generell lohnen, den Aspekt des „erlaubten Risikos“ im Positionspapier anhand der in diesem Bericht enthaltenen Hinweise zu ergänzen⁴⁴⁶.

7. In der Situation 3 geht es darum, dass die HIV-positive Person von ihrem Serostatus weiss, den Partner nicht informiert und mit ihm geschützte Kontakte hat (in der Variante 3a: mit Kondomversagen). In der Praxis finden sich keine Fälle, und somit wohl auch kaum Anklagen, dazu. Verurteilungen, wo einzig geschützter Sexualverkehr, ohne Information des Partners, vorkam, sind soweit ersichtlich nicht vorhanden.

Ergänzend kann hier eine Variante 3b eingeführt werden, wo unter Verweis auf die untergerichtliche Praxis⁴⁴⁷ die Straflosigkeit auch weiterer Fälle von Kontakten ohne Information des Serostatus erwähnt werden, wenn die Kontakte im Rahmen des Safer Sex stattfinden.

Die Frage, wie die Rechtsprechung mit ungeschützten Sexualkontakten von Personen mit oder ohne Information des Partners bei Einhaltung der effektiven Antiretroviraltherapie (mit Wirkung massiv gesenkter Viruslast)⁴⁴⁸ umgeht, ist noch offen (neue Variante 3c). Es kann aber auch hier auf das Konzept des „erlaubten Risikos“ verwiesen werden, wenn sich jemand an die Empfehlungen/Informationen hält, die vom Bundesamt für Gesundheit oder/und von der Eidg. Aids-Kommission öffentlich gemacht werden.

8. In der Situation 4 ist der Fall erwähnt, dass eine HIV-positive Person den Partner informiert und mit diesem ungeschützte Kontakte hat. Hier kann die Straflosigkeit bzgl. von Körperver-

⁴⁴⁵ Fallvignette H 019, S. 114 .

⁴⁴⁶ Siehe vorne III.5 Die Rolle des Opfers bei HIV: zwischen Einwilligung, erlaubtem Risiko und Opfermitverantwortung, S. 40 und VI.3.3 Opfermitverantwortung und Einwilligung: es fehlt an vertiefter Analyse, S. 95.

⁴⁴⁷ Urteil Kreisgericht Konolfingen vom 5.12.2007 (Fallvignette H 019, S. 114; Urteil Strafgericht Bezirk La Broye und Nord Waadt vom 18.2.2004 (Fallvignette H 009, S. 130).

⁴⁴⁸ VERNAZZA ET. AL. , S. 163 f. ; erste Anzeichen der Aufnahme der neuen Erkenntnisse in die Rechtsprechung im Fall H 021 (Urteil derzeit, Februar 2009, noch offen).

letzungsdelikten nun auch auf BGE 131 IV 1⁴⁴⁹ abgestützt werden. Es ist aber der Hinweis aufzunehmen, dass in diesem Rahmen eine Verurteilung wegen Art. 231 StGB erfolgen kann.

9. In Situation 5 und ihren Varianten geht es darum, dass die HIV-positive Person um ihren Serostatus weiss, den Partner nicht informiert und ungeschützte Sexualkontakte stattfinden.

Soll das Positionspapier hier sich enger an die in der Rechtsprechung relevanten Differenzierungen halten, so wäre hier eine weniger komplexe Differenzierung zu prüfen: Die Rechtsprechung nimmt nämlich in dieser Konstellation soweit ersichtlich praktisch immer eine Strafbarkeit nach Art. 122 und Art. 231 an, ausser die Kontakte finden in Rahmen einer eigentlichen Risikovereinbarung im Sinne der Einwilligung in ein gefährliches Tun statt. Hier sind aber die in BGE 131 IV 1 ausgeführten Kriterien als Voraussetzungen genauer zu nennen⁴⁵⁰. Ebenso entfällt die Strafbarkeit nach Art. 231 StGB gemäss Rechtsprechung nicht.

Weitergehende Straflosigkeit ist denkbar, wenn die ungeschützten Kontakte im Rahmen des „erlaubten Risikos“ und damit von Safer Sex und ihren Regeln stattfinden.

4.3. Weitere Empfehlungen

4.3.1 Informationen über Strafbarkeit der HIV-Übertragung verbreiten

Die vorangehenden Ausführungen zeigen mit hinreichender Deutlichkeit die Notwendigkeit, dass Beraterinnen und Berater von Menschen mit HIV/Aids über die strafrechtlichen Aspekte der HIV-Übertragung informiert sein müssen und diese Informationen in adäquater Form den ratsuchenden und zu betreuenden Menschen vermitteln sollen. Die AHS ist gefordert, die strafrechtliche Rechtsprechungsentwicklung der letzten Jahre in die Aus- und Weiterbildung von Fachpersonen im Bereich HIV/Aids zu integrieren. Von zentraler Bedeutung ist weiter, dass Menschen mit HIV/Aids durch die AHS und ihre Antennen über die Konstellationen strafbaren Verhaltens beim ungeschützten Geschlechtsverkehr erhalten. Auch ist mit Blick auf Auslandsreisen von Menschen mit HIV/Aids darauf hinzuweisen, dass in anderen Rechtsordnungen teilweise (noch) strengere Massstäbe gelten und insbesondere über die Praktizierung der safer sex Regeln hinaus in jedem Fall eine Offenbarung des positiven HIV-Status an den Geschlechtsverkehrspartner oder an die Geschlechtsverkehrspartnerin notwendig ist⁴⁵¹.

4.3.2 Weitere Informationen über die Kriminalisierung sammeln und analysieren

Der AHS wird empfohlen, die Fallsammlung dieser Studie als Ausgangspunkt für eine weitere systematische Erhebung von Gerichtsurteilen zur HIV-Übertragung zu verwenden. Es wird weiter empfohlen, die Fälle dieser Studie und die neuen Fälle in geeigneter Form einem interessierten Publikum zugänglich zu machen. Die Autoren dieser Studie sind gerne bereit, mit der AHS ein entsprechendes Konzept zu erarbeiten.

⁴⁴⁹ Vgl. Fallvignette A 005, S. 119.

⁴⁵⁰ Fallvignette A 005, S. 119.

⁴⁵¹ Z.B. in Schweden, siehe Kapitel Rechtsvergleich, Die einschlägigen Strafrechts- und Epidemienrechtsnormen, S. 72 f.

4.3.3 Die Bekämpfung der Kriminalisierung auf rechtspolitischer Ebene

Im Kapitel Rechtsvergleich wurde gezeigt, wie es Aidsorganisationen in den Niederlanden gelang, durch eine Publikation, den Report „Detention or Prevention“, eine Diskussion zu lancieren, die schlussendlich zum wegweisenden Urteil des Obersten niederländischen Gerichtshofes im Jahre 2005 führte⁴⁵². Auch in Kanada agiert die Policy-Organisation „Legal-Aidsnetwork“ mit dem Ziel, Sinn oder Unsinn der Bestrafung der HIV-Übertragung zu einem rechtspolitischen Thema zu machen⁴⁵³. Das „Legal-Aidsnetwork“ gibt u.a. eine „fact sheet-Sammlung“ heraus, in der die wichtigsten Fragen rund um die Kriminalisierung der HIV-Übertragung in angemessener Kürze und Prägnanz thematisiert werden⁴⁵⁴.

In diesem Sinne wird angeregt, dass die AHS zusammen mit anderen Akteuren wie der EKAF und dem BAG eine Koalition bildet, um die Problematik der Strafbarkeit der HIV-Übertragung rechtspolitisch zu diskutieren. Der noch laufenden Revision des Epidemiengesetzes ist hohe Beachtung zu schenken.

⁴⁵² BRAND an der der Welt-Aidskonferenz in Mexico, WEPE1087 – Dutch approach: no detention, but prevention! – impact of the use of criminal law on public health and the position of PLWHA (Poster Exhibition, Track E).

⁴⁵³ Canadian Legal-Aidsnetwork, siehe: fact sheet Nr. 3 „Does Criminalizing HIV exposure make sense?“. <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1318> (Zugriff: 22.2.2009).

⁴⁵⁴ Canadian Legal-Aidsnetwork, Criminal Law and HIV/Aids (1. Criminalization of HIV exposure: current Canadian law; 2. Prosecutions under the *Criminal Code*; 3. Does criminalizing HIV exposure make sense?; 4. Public health laws and HIV prevention; 5. Criminalization of HIV exposure: issues for front-line workers), <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1318> (Zugriff: 22.2.2009).

VII. Strafrechtlicher Umgang mit der HIV-Infektion anhand der Gerichtspraxis 1990-2009: Fallvignetten

1. Einleitung

Nachfolgend sind Strafurteile von Schweizer Gerichten erster, zweiter und dritter Instanz zusammengestellt, die im Zusammenhang mit einer HIV/Aids stehen. In einem ersten Teil wird eine Übersicht zum Grund der Verurteilung und zum Strafmass dargestellt. Darauf aufbauend werden ausgewählte, besonders bemerkenswerte Urteile in geraffter Form dargestellt. Nach den wesentlichen Eckpunkten des Sachverhaltes, wie er gerichtlich dem Urteil zu Grunde gelegt wurde, folgt jeweils eine Zusammenfassung der besonders wesentlichen oder bemerkenswerten juristischen Erwägungen. Die Zusammenstellung dient vor allem der Dokumentation und bietet eine Grundlage für die Diskussion des strafrechtlichen Umganges mit HIV/Aids.

2. Übersicht Verurteilungsgrund und Strafmass sämtlicher Fälle

Tabelle 10: Verurteilungsgrund und Strafmass⁴⁵⁵

Nr.	Gericht	Jahr	Verurteilt nach Artikel	Strafmass	Weiterführende Instanz/Vorinstanz mit Urteilen in Fallsammlung	In- mit
A001	BGer BGE 116 IV 125	22.2. 1990	StGB 122; 231	3,5 Jahre (Bezirksgericht), 4 Jahre (Kantonsgericht) BGer bestätigt Urteil Kantonsgericht	-	
A002	BGer BGE 120 IV 313	17.6. 1994	Freispruch aufgrund von StGB 20 (Rechtsirrtum)	-	-	
A003 ⁴⁵⁶	BGer BGE 125 IV 242	20.10. 1999	StGB 122; 231	CHF 80.000 Genugtuung an Geschädigte, CHF 20.000 an gemeinsame Tochter (Geschworenengericht des Kantons Zürich). BGer weist Nichtigkeitsbeschwerde zurück.		
A004 ⁴⁵⁷	BGer BGE 125 IV 255	20.10. 1999	StGB 111 kommt nicht zur Anwendung			
A005 (= B 002)	BGer BGE 131 IV 1	27.10. 2004	StGB 231	Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise gutgeheissen. Rückweisung an Vorinstanz zur Neubeurteilung		
A006	BGer BGE 134 IV 193	13.6. 2008	StGB 125; 231 Ziff.2 (Fahrlässigkeit)	Rückweisung an Vorinstanz, die freigesprochen hat	Vorinstanzen siehe G 012 Obergericht ZH, H 014 Bezirksgericht ZH	
B001	BGer	7.3. 2000	StGB 127/23 (untaugl. Versuch)	12 Monate bedingt, 2 Jahre Probezeit. Bestätigung der Vorinstanzen	-	
B003	BGer	27.10. 2004	StGB 122/23; 231/23; (untaugl. Versuch)	Ablehnung Nichtigkeitsbeschwerde	Vorinstanz siehe G 011 Obergericht ZH	
B004 ⁴⁵⁸	BGer	11.1 2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch)	Ablehnung Nichtigkeitsbeschwerde		

⁴⁵⁵ Die Nummerierung verweist auf die elektronische Fallsammlung: A = veröffentlichte Bundesgerichtsentscheide, B = unveröffentlichte Bundesgerichtsentscheide, G = Entscheide kantonaler Obergerichte, H = Erstinstanzliche Gerichte

⁴⁵⁶ Betrifft denselben Angeklagten wie A 004.

⁴⁵⁷ Betrifft denselben Angeklagten wie A 003.

B005	BGer	11.7.2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch),	2 1/2 Jahre Freiheitsentzug Genugtuung CHF 80'000.-	Vorinstanz siehe H 015, Strafgericht Bezirk Lausanne
B006	BGer	21.12.2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch)	Ablehnung Nichtigkeitsbeschwerde	Vorinstanz siehe G 007 Obergericht ZH
G001	Obergericht des Kantons Aargau	20.1.1994	StGB 122/22; 231/22 (Versuch)	Bedingte Gefängnisstrafe von 18 Monaten, 2 Jahre Probezeit	Vorinstanz siehe H 017 Bezirksgericht Muri
G002	Obergericht des Kantons Basel Landschaft	7.6.1994	Verurteilung wg. Versch. Delikte; Freispruch von StGB 122/22; 231/22	(Bedingte Gefängnisstrafe von 26 Monaten, 3 Jahre Probezeit)	
Nr.	Gericht	Jahr	Verurteilt nach Artikel	Strafmass	Weiterführende Instanz/Vorinstanz
G005	Obergericht des Kantons Zürich	29.10.2001	StGB 123; 125; 231 (und BetmG 19)	3 ½ Jahre Zuchthaus; 10 J. Landesverweis	
G006	Obergericht des Kantons Zürich	21.3.2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch) und weitere Delikte	2 ¼ Jahre Zuchthaus, ambulante Behandlung nach aStGB 43 ohne Strafaufschub	
G007	Obergericht des Kantons Zürich	31.5.2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch)	2 ½ Jahre Zuchthaus	Weiterführende Instanz siehe B 006 Bundesgericht
G008	Obergericht des Kantons Zürich	30.6.2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch)	2 ¾ Jahre Zuchthaus, ambulante Behandlung nach aStGB 43 mit Strafaufschub	
G009	Obergericht des Kantons Zürich	13.6.2005	StGB 122/22; 231/22 (Versuch) und BetmG 19, 19a	3 Jahre Gefängnis, Busse CHF 100.--	
G010	Obergericht des Kantons Zürich	24.1.2008	StGB 122/22; 231/22 (Versuch) und AVIG105	2 Jahre, 9 Monate Freiheitsstrafe, ambulante Behandlung im Sinne von Artikel 63 ohne Strafaufschub	
G011	Obergericht des Kantons Zürich	23.6.2003	StGB 122/23; 231/23 (untaugl. Versuch)	15 Monate Gefängnis; stationäre Massnahme nach aStGB 43 unter Strafaufschub	Weiterführende Instanz siehe B003 Bundesgericht
G012	Obergericht des Kantons Zürich	28.3.2007	StGB 125; 231 Ziff. 2 (Fahrlässigkeit)	Freispruch	Weiterführende Instanz siehe A 006 Bundesgericht, Vorinstanz siehe H 014 Bezirksgericht Zürich
G013	Kassationshof, Strafgericht Waadt	23.5.2005	StGB 122/22; 231/22 und StGB 197, Pornografie	18 Monate bedingt, 4 Jahre Probezeit	Vorinstanz siehe H 012 Strafgericht Bezirk Lausanne
G014	Kassationshof, Kanton Waadt	21.8.2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch) und weitere Delikte	28 Monate	Vorinstanz siehe H 016 Strafgericht Bezirk Lausanne
G016	Kassationshof, Kanton Waadt	9.1.2001	StGB 123/22; 231/22 (Versuch)	20 Monate (Bestätigung Vorinstanz)	
G017	Kassationshof, Kanton Waadt	26.10.1998	Rückweisung an Vorinstanz siehe H 001 Strafgericht Bezirk Vevey (hatte nach StGB 231 verurteilt)		
G018	Kassationshof, Kantonsgericht Fribourg	19.6.1998	Aufhebung des Urteils der Vorinstanz (hatte nach StGB 122, 125 und 231 verurteilt)	-	
G019	Kassationshof, Strafgericht, Neuenburg	5.9.2005	Rückweisung an Vorinstanz zur Neuurteilung (hatte nach StGB	-	

⁴⁵⁸ Erneutes Urteil des Bundesgerichtes nach Neuurteilung der Vorinstanz im Falle A 005.

			231 verurteilt, nicht aber nach 122); kein Fall von HIV, sondern Hepatitis B-Übertragung		
G020	Obergericht Zürich	2008 Vgl. NZZ v. 1./2.11	StGB 122; 231	3 Jahre, 5 Monate Freiheitsstrafe, Busse CHF 300, 100% Schadenersatz, Genugtuung CHF 50000	
Nr.	Gericht	Jahr	Verurteilt nach Artikel	Strafmass	Weiterführende Instanz/Vorinstanz
H001	Strafgericht Bezirk Vevey	4.4.2000	Freispruch StGB 122; 231; 128 (wegen Verjährung); Verurteilung wegen BetmG 19a	(2 Wochen Haft)	Vorinstanz siehe G 017 Kassationsgericht Waadt, Rückweisungsentscheid
H002	Bezirksgericht Frauenfeld	2.6.1995	StGB 122/22; 231/22 (Versuch)	12 Monate Gefängnis bedingt	
H003	Bezirksgericht Valde-Travers,	13.6.2005	StGB 231/22; Freispruch 122/22 (Versuch) und Freispruch weitere Beziehungsdelikte	6 Monate Freiheitsentzug, 5 Jahre Probezeit	-
H004	Bezirksgericht Untertoggenburg	18.7.2002	StGB 122/22; 231/22 (Versuch)	18 Monate Gefängnis	
H005	Bezirksgericht Bischofszell	15.1.1993	StGB 122/23; 231/23 (untaugl. Versuch) und Bagatelldelikt	2 Jahre Gefängnis	
H006	Bezirksgericht Bischofszell	14.6.1996	StGB 122; 231	3 Jahre Gefängnis,	
H007 ⁴⁵⁹	Bezirksgericht Rheinfelden	18.2.2004	StGB 122/22; 231/22 (Versuch) und Vermögensdelikte (139/ 21; 144)	10 Monate Gefängnis bedingt, Probezeit 3 Jahre, Busse CHF 300	
H008 ⁴⁶⁰	Bezirksgericht Rheinfelden	18.2.2004	StGB 122/22; 231/22 (Versuch) und Sexualdelikte (187, 197)	2 ¼ Jahre Zuchthaus, Busse CHF 5000	
H009	Strafgericht, Bezirk La Broye und Nord-Waadt	20.4.2004	Freispruch StGB 122; 231	-	
H010	Strafgericht, Bezirk Lausanne	25.10.2000	StGB 122; 231 und 190 (Vergewaltigung), 126 (Tätlichkeiten)	4 Jahre Freiheitsentzug + Genugtuung CHF 30'000	
H011	Strafgericht, Bezirk Lausanne	28.1.2004	StGB 122/22; 231/22 (Versuch) und BetmG-Delikte	2 Jahre Freiheitsentzug	
H012	Strafgericht, Bezirk Lausanne	20.10.2004	StGB 122/22; 231/22	2 Jahre Freiheitsentzug (minus 16 Tage U-Haft)	Weiterführende Instanz siehe G013 Kantonsgericht Waadt
H013	Bezirksgericht Zürich	7.7.2005	Freispruch StGB 122/21/10;231/21/10; Verurteilung wegen 190/21, 123	Freisprüche wegen Unzurechnungsfähigkeit 9 Monate Gefängnis, stationäre Massnahme nach StGB 43 unter Strafaufschub	
H014	Bezirksgericht Zürich	27.3.2006	StGB 125, 231 Ziff. 2 (Fahrlässigkeit)	9 Monate Gefängnis bedingt, Probezeit 2 Jahre. Genugtuung CHF 30'000	Weiterführende Instanzen siehe G 012 Obergericht ZH, A 006 Bundesgericht
H015	Strafgericht,	5.10.	StGB 122; 231	2 1/2 Jahre Gefängnis	Weiterführende Instanzen

⁴⁵⁹ Betrifft denselben Angeklagten wie H 008, aber andere Sachverhalte.

⁴⁶⁰ Betrifft denselben Angeklagten wie H 007, aber andere Sachverhalte.

	Bezirk Lausanne	2005			siehe B 005, (Kantonsgericht VD), Bundesgericht
H016	Strafgericht, Bezirk Lausanne	29.3. 2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch)	3 Jahre Freiheitsentzug, 9 Jahre Landesverweis	Siehe G014 Kantonsgericht Waadt
H017	Bezirksgericht Muri	26.1. 1993	StGB 122, 231	2 Jahre Gefängnis	Siehe G 001 Obergericht Aargau
H018	Kreisgericht Bern-Laupen	11.12. 2001	StGB 122, Freispruch StGB 231 (verjährt)	12 Monate Gefängnis bedingt, Probezeit zwei Jahre	
H019	Kreisgericht Konolfingen	5.12. 2007	Freispruch 122, 231 und 122/22; 231/22	Freispruch	
Nr.	Gericht	Jahr	Verurteilt nach Artikel	Strafmass	Weiterführende Instanz/Vorinstanz
H020	Bezirksgericht Zürich	15.3. 2006	StGB 231/22 (Versuch) Einstellung bzgl. 122/22. Verurteilung auch nach 307 Abs. 1 (Falschaussage)	12 Monate Gefängnis bedingt, Probezeit 4 Jahre, Weisung bzgl. Informationspflicht gegenüber Personen, mit denen sexuelle Kontakte aufgenommen werden und Meldung sämtlicher Personen, mit denen sexuelle Kontakte gepflegt werden gegenüber Amt für Justizvollzug	
H021	TdP Genf Cour de Justice Genf	??? 2008 2009	StGB 122; 231 Noch offen	18 Monate Freiheitsstrafe unbedingt erstinstanzlich, Rekursentscheid noch offen	
H022	Cour correctionnelle Genf	13.1. 2009	StGB 122; 23 Freispruch 122 in zwei Fällen	Zwei Jahre Freiheitsstrafe bedingt CHF 25000 Genugtuung	
H023	Strafgericht des Kantons Basel Landschaft	1.4. 1996	122/22; 231/22 (und BetmG 19a)	Verminderte Zurechnungsfähigkeit (StGB 11) Bedingte Gefängnisstrafe von 18 Monaten, Probezeit 2 Jahre	
H024	Strafgericht des Kantons Basel Landschaft	1996	122/22; 231/22	Bedingte Gefängnisstrafe von 18 Monaten, Probezeit 2 Jahre	

Quelle: Eigene Untersuchung

3. Ausgewählte Fälle

3.1. A006 BGE 134 IV 193 – Urteil BGer vom 13. Juni 2008

Das Bezirksgericht Zürich sprach A am 27.03.06 der fahrlässigen schweren Körperverletzung (Art. 125 Abs. 1, 2 StGB) sowie der der fahrlässigen Verbreitung menschlicher Krankheiten (Art. 231 Ziff. 2 StGB) schuldig. Das Gericht verhängte eine neun Monate lange, bedingt vollziehbare Gefängnisstrafe. A wurde verpflichtet der Geschädigten eine Genugtuung in der Höhe von CHF 30'000 zu bezahlen. A erhob gegen dieses Urteil Berufung.

Am 28.03.07 sprach das Obergericht des Kantons Zürich A vollumfänglich frei. Die Geschädigte führte gegen dieses Urteil Beschwerde an das Bundesgericht mit dem Antrag, der angefochtene Entscheidung sei aufzuheben und A sei im Sinne von Art. 125 Abs. 1 und 2 StGB sowie im Sinne von Art. 231 Ziff. 2 StGB schuldig zu sprechen und angemessen zu bestrafen. Weiter verlangte sie u. a. Genugtuung.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Sachverhalt:

A wird vorgeworfen die Geschädigte X im Frühjahr/ Sommer 2002 beim ungeschützten Geschlechtsverkehr mit dem HI- Virus angesteckt zu haben. A verkehrte mit diversen Sexualpartnerinnen ungeschützt, B, eine von diesen Sexualpartnerinnen, teilte A im Juli 2000 mit, sie sei HIV- positiv. Danach verkehrte A mit ihr nur noch mit Kondom. Er schloss es aus, dass er sich infiziert hatte, da er nie irgendwelche Symptome eines Primärinfektes verspürte und er unterliess es sich einem AIDS- Test zu unterziehen. A hat sich mit dem HI- Virus infiziert, jedoch nicht bei B (dies konnte ausgeschlossen werden); der Ursprung seiner Infektion ist ungeklärt.

Am 14.08.02 ergab der HIV- Test der Geschädigten, dass sie mit dem HI- Virus infiziert ist.

Würdigung:

Als erstes befasst sich das Bundesgericht mit der Frage, ob davon ausgegangen werden kann, dass die Geschädigte durch den ungeschützten Verkehr mit A infiziert wurde.

Das Bundesgericht nimmt Bezug auf ein Gutachten von Sachverständigen. Gemäss diesem Gutachten ist der Virus von A eine bisher nicht charakterisierte Rekombinante; es handelt sich nicht um ein weit verbreitetes Virus. Das Virus der Geschädigten bzw. die Sequenzen und Isolate bilden entweder einen gemeinsamen Ast mit jenen des As oder entspringen aus einem Ast, der dem A zuzuordnen ist. Dies ist vereinbar mit den klinischen Befunden wonach sich A gemäss der niedrigen CD4- Werte mit grösster Wahrscheinlichkeit zuerst infiziert hat (vor X). X ist mit einem zweifelsfrei von A stammenden HI- Virus infiziert. Folglich steht fest, dass X von A infiziert wurde und nicht umgekehrt. Zu prüfen ist nun, ob X direkt von A infiziert wurde oder indirekte durch eine Drittperson. Wäre X indirekt infiziert worden müsste dies folgendermassen geschehen sein: A müsste ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einer Frau gehabt haben, diese müsste dann ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einem Mann gehabt haben, dieser wiederum müsste mit der Geschädigten ungeschützten Geschlechtsverkehr praktiziert haben und somit X angesteckt haben. Tatsächlich wäre es möglich, dass A eine Frau im Juni 2002 in Marbella (Spanien) infiziert hat. H war in der Folge zwischen dem 16. Juli und dem 2. August 2002 einige Zeit in der Schweiz; in dieser Zeit weilte X in Brasilien. Theoretisch könnte H in dieser Zeit einen Mann in der Schweiz infiziert haben. Dass dieser Mann danach die Beschwerdeführerin infizierte ist eher unmöglich. X wurde mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit im Juni 2002 infiziert. Während die Vorinstanz der Meinung ist, es könne nicht festgestellt werden, ob die Geschädigte auf dem direkten oder indirekten Weg infiziert wurde verwirft das Bundesgericht die Möglichkeit der indirekten Infizierung. Gemäss Bundesgericht ist in casu die Hypothese einer indirekten HIV- Übertragung über mehrere Dritträger eine rein theoretische Möglichkeit, die vernünftige Zweifel an der Infizierung durch A schlechterdings nicht zu begründen vermag.

Des Weiteren befasst sich das Bundesgericht mit der Frage, ob A fahrlässig gehandelt hat. Die Vorinstanz verneint dies mit der Begründung, es fehle am hypothetischen Kausalzusammenhang. In casu ist anzunehmen, dass A sich das HI- Virus erst kurz vor X zugezogen hat. Folglich wäre ein HIV- Test zu diesem Zeitpunkt negativ gewesen. Daher hat nach Auffassung der Vorinstanz das Verhalten von A nicht mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Ursache des Erfolgs gebildet.

Das Bundesgericht hält zuerst fest, dass der objektive Tatbestand von Art. 122 StGB und Art. 231 StGB gemäss BGE 116 IV 125 E. 4 und 5, BGE 131 IV 1 E. 1 und 4 erfüllt ist, wenn die HIV- infizierte Person durch ungeschützten Sexualkontakt das HI- Virus auf eine andere überträgt. Bezüglich des subjektiven Tatbestandes wird festgehalten, das Bundesgericht habe sich zur HIV- Übertragung wegen Fahrlässigkeit noch nicht geäußert. Der Ausgangspunkt aller Vorsichts- bzw. Sorgfaltspflicht liegt im prinzipiellen Verbot, fremde Rechtsgüter zu gefährden. Damit eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, muss der Täter die Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers voraussehen bzw. er muss sie erkennen können oder müssen. Diesbezüglich gilt der Massstab der Adäquanz. Die Safer-Sex-Regeln (Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit) gelten als Mass für die zu beachtende Sorgfalt im Zusammenhang mit der Übertragungsgefahr des HI- Virus. Bei der HIV- Übertragung stellt sich das Problem des erlaubten Risikos insofern, als etliche Personen unerkannt Virusträger sind. Das Bundesgericht hält fest, die Gefahr der Übertragung des HI- Virus könne nicht generell als ein erlaubtes Risiko dargestellt werden, das der Partner in jedem Fall hinzunehmen hätte. Massgebend ist, ob der Risikostifter zur Zeit der Tat konkrete Anhaltspunkte für die eigene HIV- Infektion hat, was aufgrund der jeweiligen Umstände im Einzelfall zu beurteilen ist. Als Anhaltspunkt gilt jeder erkannte bzw. bewusst erlebte Risikokontakt in der Vergangenheit, etwa ungeschützter Intimkontakt mit einer Person deren sexuelles Vorleben unbekannt ist. Liegen solche Verdachtsmomente vor, so ist der Betroffene gehalten auf ungeschützten Geschlechtsverkehr zu verzichten, bis er ausschliessen kann, dass er sich infiziert hat. Wer die Safer-Sex-Regeln missachtet handelt pflichtwidrig und schafft eine objektiv erhöhte Gefahr für die Rechtsgüter seiner Sexualpartner, die das erlaubte Risiko übersteigt. In casu ist A vorzuwerfen, dass er die Safer-Sex-Regeln missachtet hat; spätestens mit der Eröffnung von B, sie sei HIV- positiv, wurde ihm die Möglichkeit der eigenen Infizierung unmissverständlich vor Augen geführt. Zur Zeit der Tat (ungeschützter Geschlechtsverkehr mit X) bestanden Anzeichen für eine HIV- Infektion. Die Pflicht zu Schutzvorkehrungen besteht unabhängig von der statistischen Wahrscheinlichkeit der Übertragung des HI- Virus. Weiter wird die Adäquanz vom Bundesgericht bejaht.

Als nächster Punkt wird die Selbstverantwortung des Opfers in Erwägung gezogen; die Zurechnung des Erfolgs kann an der Selbstverantwortung des Opfers scheitern. In diesem Zusammenhang verweist das Bundesgericht auf BGE 125 IV 189 E. 3a, BGE 131 IV 1 E. 3.2, BGE 134 IV 149 E. 4.5. Besteht auf Seiten des Opfers ein konkret entscheidungsrelevantes Wissensdefizit, ist die Selbstgefährdung nicht mehr von seinem Willen getragen und somit nicht freiverantwortlich. X verkehrte mit anderen Sexualpartnern, gemäss eigenen Angaben, nur geschützt. Es sind keine Umstände ersichtlich, weshalb es ihr nicht zuzumuten gewesen wäre auch mit A geschützt zu verkehren. Hingegen wusste nur A, dass er mit der infizierten B ungeschützt verkehrte und sich danach keinem HIV- Test unterzogen hatte. Es liegt ein entscheidungsrelevantes Wissensdefizit vor. Die Tatsache, dass sich A nicht bei B angesteckt hat ändert nichts daran, dass X das Infektionsrisiko nicht im gleichen Masse wie A überblicken konnte. Des Weiteren ist der erforderliche Risikozusammenhang gegeben. (A setzte seine Partnerin einem HIV- Infektionsrisiko aus, das sich im Erfolg der Körperverletzung der Partnerin realisierte.)

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

3.2. H019 Kreisgericht VII Konolfingen – Urteil vom 05. 12. 2007 (erstinstanzlich)

Urteil wegen der Anklage schwerer Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB sowie Verbreitung menschlicher Krankheiten (Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), evtl. fahrlässig begangen (Art. 231 Ziff. 2 StGB).

Strafe und Sanktion: Vollumfänglicher Freispruch, Entschädigung und Kosten trägt der Kanton.

Sachverhalt:

Der Angeklagte hat einen Mann Ende Mai/Mitte Juni 2005 zufällig persönlich getroffen, nachdem zuvor Kontakt im Internet bestand. Es folgten regelmässige Treffen am Wochenende und anlässlich der Christopher Street-Days in Köln, dabei kam es zu mind. drei einvernehmlichen Sexualkontakten bei denen die Safer Sex-Regeln Anwendung fanden. Ende Juli/Anfangs August 2005 besuchte der Angeklagte den Partner an dessen Wohnort und der Partner hat den Angeklagten oral stimuliert, ohne Verwendung eines Kondoms. Der Partner teilte dem Angeklagten mit, dass er auf dessen Penis einen Blutstropfen feststelle. Der Angeklagte teilte danach dem Partner erstmals mit, dass er HIV-positiv sei. Die Frage von HIV wurde zuvor nicht erläutert, beide Partner hatten sich aber (unabgesprochen) an die Safer-Sex-Regel gehalten, beim Oralverkehr eine Ejakulation zu vermeiden und beim Analverkehr ein Kondom zu verwenden. Eine frühere Wunde an der Vorhaut hatte der Angeklagte Monate vor dem fraglichen Sachverhalt verätzen lassen. Der Partner erfuhr im Januar 2006, dass er HIV-positiv ist.

Würdigung:

Die hauptsächliche Beweisfrage ist diejenige der Kausalität, also ob sich der Partner anlässlich des letzten sexuellen Kontaktes mit dem Angeschuldigten bei diesem mit dem HI-Virus infiziert hat und insoweit ist die Frage relevant, woher und von wem das Blut auf dem Penis des Angeschuldigten stammte. Bzgl. dieser Beweisfrage verweist das Gericht auf das Prinzip der freien Beweiswürdigung und der Grundsatz, dass bei erheblichen konkreten und unüberwindlichen Zweifeln nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ keine Verurteilung erfolgen kann. Die Zuordnung des auf dem Penis aufgetretenen Blutropfens auf den Angeklagten oder dessen Partner liess sich nicht rechtsgenügend beweisen. Wenn das Blut dem Angeklagten zugeordnet werden könnte, wäre zwar eine Transmission der HIV-Viren über die Mundschleimhaut möglich gewesen. Gestützt auf gutachterliche Aussagen und medizinische Untersuchungen liegt auch eine nahe Verwandtschaft der gefundenen HIV-Stämme beim Angeklagten und seinem Partner vor. Es sind aber andere Ansteckungsmöglichkeiten nicht ausgeschlossen, wobei das Gericht vor allem die Ansteckung der beiden bei einer nicht notwendigerweise identischen Drittperson erwähnt. Möglich wäre, dass sich die beiden innerhalb eines Clusters mit dem Virus und seinen Mutationen in der lokalen homosexuellen Szene infiziert haben. Eine solche Drittinfection ist auch deswegen denkbar, weil der Partner seit seinem letzten negativen HIV-Test bis zur Begegnung mit dem Angeklagten ca. mit zehn anderen Partnern sexuelle Kontakte gehabt hatte. Selbst wenn dabei die Safer Sex-Regeln Anwendung gefunden haben, habe doch ein minimales Ansteckungsrisiko bestanden.

Das Gericht schliesst die Beweiswürdigung mit dem Fazit, dass aufgrund der nicht mit letzter Sicherheit auszuschliessenden Möglichkeit einer anderweitigen Ansteckung die Infektion durch den Angeeschuldigten als nicht erwiesen werden könne.

Das Gericht stützt sich in *objektiver Hinsicht* auf BGE 125 IV 242, 253 f. und erklärt eine HIV-Infektion als solche als gefährliche Krankheit, unabhängig vom Auftreten von Symptomen, deren Übertragung als „Verbreiten“ im Sinne von Art. 231 StGB zu betrachten sei, da die abstrakte Gefahr weiterer Ansteckungen bestehe.

Bzgl. des *subjektiven Tatbestandes* folgt das Gericht ebenfalls BGE 125 IV 242, 253 f.: Da die Angeklagte beim einvernehmlichen vaginalen GV um die HIV-Infektion wusste, habe sie die Infizierung ihrer Sexualpartner in Kauf genommen. Sie habe sich bewusst sein müssen, dass jeder einzelne – und schon ein einziger – ungeschützter Verkehr – das Risiko einer Übertragung in sich birgt, und dass dieses Risiko in keiner Weise kalkulier- oder dosierbar war. Da eine Ansteckung der Geschädigten in casu nicht erfolgte, blieb es hier bei einem Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB-vor 2007.

Die Einwilligung der Geschädigten in den ungeschützten Verkehr trotz HIV-Infektion der Angeklagten, hat hinsichtlich der *Rechtswidrigkeit bzgl. Art. 231 StGB* keine Bedeutung, da es insoweit um Kollektivrechtsgüter geht und eine Einwilligung nur bei Individualrechtsgütern rechtfertigend wirke. Die Frage, ob bei dieser Sachlage sich nicht auch die Sexualpartner der Verbreitung einer menschlichen Krankheit schuldig gemacht haben, wenn sie willentlich und wissentlich ungeschützten vaginalen GV mit einer HIV-infizierten Person vollziehen, hat das Gericht in keiner Weise erläutert oder erwogen.

Hinsichtlich der *Strafzumessung* wurde strafscharfend berücksichtigt, dass die Angeklagte durch den ungeschützten GV im Wissen um die eigene Infektion leichtfertig die Verbreitung des HI-Virus und somit eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit in Kauf genommen habe. Sie habe in erschreckender Gleichgültigkeit das Wissen der Sexualpartner um ihre Infektion als ausreichend betrachtet, um ihnen die Verantwortung einer Ansteckung (und Verbreitung des Virus) allein zuzuschieben. Strafmildernd wurde auf der anderen Seite erwähnt, die Angeklagte habe keine böse Absichten gehabt, sondern nur nach Nähe und Zuwendung gesucht. Auch ihre schwierigen persönlichen Verhältnisse, namentlich schwerer sexueller Missbrauch in der Kindheit und ihre langjährige spätere Drogenabhängigkeit und damit verbundene physische (Hepatitis und HIV) und psychische Erkrankungen wurden zu ihren Gunsten berücksichtigt, letztere im Sinne einer mittleren Verminderung der Zurechnungsfähigkeit.

Bzgl. der *Sanktionierung* fällt auf, dass die Gefahr, dass die Angeklagte erneut ungeschützt mit anderen Personen geschlechtlich verkehren könnte, besonders betont wird. Die Hartentlassung erfolgte im Untersuchungsverfahren mit Auflagen bzgl. Drogentherapie und Meldung der Personen, mit denen sie sexuelle Kontakte pflegt. Letzteres wurde begründet, dass in der Vergangenheit bei anfänglich geschützten Sexualkontakten immer wieder Probleme mit den Kondomen aufgetreten seien. Die Auflagen wurden von der Betroffenen bis zur Hauptverhandlung eingehalten, und es wurde von Seiten der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung beantragt, den Inhalt der Auflagen als Weisungen fortzuführen. Dem hat das Gericht Folge geleistet und Weisungen mit dem Inhalt der Drogenbehandlung, der Terminwahrnehmung bei Arzt, Psychiater, Verteidigung (sic!) und bei Behörden ausgesprochen und

diese ergänzt um die Weisung, sämtlicher Personen, mit welchen sexuelle Kontakte aufgenommen werden, nicht nur selber in Kenntnis über die eigene Krankheit in Kenntnis zu setzen, sondern diese Personen auch dem Amt für Justizvollzug zu melden, auch wenn die Kontakte geschützt erfolgen. Das Gericht hat es unterlassen, bzgl. der Weisungen Fragen der Eignung, der Notwendigkeit im Sinne der Verhältnismässigkeit zu stellen, oder auch nur schon Überlegungen zur Grundrechtskonformität bzgl. der Rechte der betroffenen (gemeldeten) Dritten in Erwägung zu ziehen.

3.3.H020 Bezirksgericht Zürich 3. Abteilung – Prozess Nr. DG050473/U – Urteil vom 15.3.2006 (erstinstanzlich)

Urteil wegen mehrfacher versuchter Verbreitung menschlicher Krankheiten (Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) i.V. mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie falsches Zeugnis im Sinne von Art. 307 Abs. 1 StGB (was hier aber nichts zur Sache tut). Die Verfahren wegen versuchter schwerer Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB wurden von der Staatsanwaltschaft eingestellt.

Strafe und Sanktion: Freiheitsstrafe 12 Monate Gefängnis, Vollzug aufgeschoben, Probezeit 4 Jahre, Weisungen: drogenmedizinische Behandlung; Informationspflicht bzgl. HIV-Infektion gegenüber Personen, mit denen sexuelle Kontakte aufgenommen werden. Meldung sämtlicher Personen, mit denen sexuelle Kontakte gepflegt werden, gegenüber Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich⁴⁶¹.

Sachverhalt:

Eine Frau, ungarische Staatsangehörigkeit (Jg 1963), wusste seit ca. 1990 um den seropositiven Status und nahm seither HIV-Medikamente ein. Sie vollzog in drei Partnerschaften ungeschützten vaginalen Verkehr - mit dem ersten Partner 1999 ca. 4x , mit dem zweiten Partner zwischen 2001 bis Ende 2003 mindestens 100 Mal und mit dem dritten Partner im Juni bis August 2004 mind. 10 Mal - ohne dabei einen der Partner mit HIV anzustecken. Die jeweiligen Partner wussten um den Serostatus der Angeklagten; die Kontakte mit dem zweiten Partner erfolgten teilweise unfreiwillig.

Würdigung:

Das Gericht stützt sich in *objektiver Hinsicht* auf BGE 125 IV 242, 253 f. und erklärt eine HIV-Infektion als solche als gefährliche Krankheit, unabhängig vom Auftreten von Symptomen, deren Übertragung als „Verbreiten“ im Sinne von Art. 231 StGB zu betrachten sei, da die abstrakte Gefahr weiterer Ansteckungen bestehe.

Bzgl. des *subjektiven Tatbestandes* folgt das Gericht ebenfalls BGE 125 IV 242, 253 f.: Da die Angeklagte beim einvernehmlichen vaginalen GV um die HIV-Infektion wusste, habe sie die Infizierung ihrer Sexualpartner in Kauf genommen. Sie habe sich bewusst sein müssen, dass jeder einzelne – und schon ein einziger – ungeschützter Verkehr – das Risiko einer Übertragung in sich birgt, und dass

⁴⁶¹ Die Weisungen entsprechen einer Fortführung von staatsanwaltschaftlichen Ersatzmassnahmen zur zuvor aufgehobenen Untersuchungshaft.

dieses Risiko in keiner Weise kalkulier- oder dosierbar war. Da eine Ansteckung der Geschädigten in casu nicht erfolgte, blieb es hier bei einem Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB-vor 2007.

Die Einwilligung der Geschädigten in den ungeschützten Verkehr trotz HIV-Infektion der Angeklagten, hat hinsichtlich der *Rechtswidrigkeit bzgl. Art. 231 StGB* keine Bedeutung, da es insoweit um Kollektivrechtsgüter geht und eine Einwilligung nur bei Individualrechtsgütern rechtfertigend wirke. Die Frage, ob bei dieser Sachlage sich nicht auch die Sexualpartner der Verbreitung einer menschlichen Krankheit schuldig gemacht haben, wenn sie willentlich und wissentlich ungeschützten vaginalen GV mit einer HIV-infizierten Person vollziehen, hat das Gericht in keiner Weise erläutert oder erwogen.

Hinsichtlich der *Strafzumessung* wurde strafscharfend berücksichtigt, dass die Angeklagte durch den ungeschützten GV im Wissen um die eigene Infektion leichtfertig die Verbreitung des HI-Virus und somit eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit in Kauf genommen habe. Sie habe in erschreckender Gleichgültigkeit das Wissen der Sexualpartner um ihre Infektion als ausreichend betrachtet, um ihnen die Verantwortung einer Ansteckung (und Verbreitung des Virus) allein zuzuschieben. Strafmildernd wurde auf der anderen Seite erwähnt, die Angeklagte habe keine böse Absichten gehabt, sondern nur nach Nähe und Zuwendung gesucht. Auch ihre schwierigen persönlichen Verhältnisse, namentlich schwerer sexueller Missbrauch in der Kindheit und ihre langjährige spätere Drogenabhängigkeit und damit verbundene physische (Hepatitis und HIV) und psychische Erkrankungen wurden zu ihren Gunsten berücksichtigt, letztere im Sinne einer mittleren Verminderung der Zurechnungsfähigkeit.

Bzgl. der *Sanktionierung* fällt auf, dass die Gefahr, dass die Angeklagte erneut ungeschützt mit anderen Personen geschlechtlich verkehren könnte, besonders betont wird. Die Hartentlassung erfolgte im Untersuchungsverfahren mit Auflagen bzgl. Drogentherapie und Meldung der Personen, mit denen sie sexuelle Kontakte pflegt. Letzteres wurde begründet, dass in der Vergangenheit bei anfänglich geschützten Sexualkontakten immer wieder Probleme mit den Kondomen aufgetreten seien. Die Auflagen wurden von der Betroffenen bis zur Hauptverhandlung eingehalten, und es wurde von Seiten der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung beantragt, den Inhalt der Auflagen als Weisungen fortzuführen. Dem hat das Gericht Folge geleistet und Weisungen mit dem Inhalt der Drogenbehandlung, der Terminwahrnehmung bei Arzt, Psychiater, Verteidigung (sic!) und bei Behörden ausgesprochen und diese ergänzt um die Weisung, sämtlicher Personen, mit welchen sexuelle Kontakte aufgenommen werden, nicht nur selber in Kenntnis über die eigene Krankheit in Kenntnis zu setzen, sondern diese Personen auch dem Amt für Justizvollzug zu melden, auch wenn die Kontakte geschützt erfolgen. Das Gericht hat es unterlassen, bzgl. der Weisungen Fragen der Eignung, der Notwendigkeit im Sinne der Verhältnismässigkeit zu stellen, oder auch nur schon Überlegungen zur Grundrechtskonformität bzgl. der Rechte der betroffenen (gemeldeten) Dritten in Erwägung zu ziehen.

3.4. G009 Obergericht des Kantons Zürich - Geschäfts-Nr. SE050005/U/eh - Urteil vom 13.06.05

Urteil wegen mehrfach versuchter Körperverletzung (Art. 122 Abs. 1 StGB i.V. mit Art. 22 Abs. 1 StGB), mehrfach versuchtem Verbreiten menschlicher Krankheiten (Art. 231 Ziff. 1 StGB i.V. mit Art. 22 Abs. 1 StGB), Vergehen gegen das Waffengesetz (Art. 33 Abs. 1 lit. a WG), Vergehen gegen das

Bundesgesetz über die Betäubungsmittel (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 sowie Art. 19a Ziff. 1 BetmG) sowie wegen Übertretung des Transportgesetzes (Art. 51 Abs. 1 lit. b TG).

Strafe und Sanktion: 3 Jahre Gefängnis sowie eine Busse von CHF 100.-. Des Weiteren eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ohne Aufschub des Strafvollzugs. Und die Bezahlung einer Genugtuung in der Höhe von CHF 5'000 an die Geschädigte.

Sachverhalt:

Der Angeklagte erfuhr am 12.06.95, dass bei ihm eine HIV- Infektion vorliegt, der Angeklagte machte in der Folge einen weiteren Test der dies bestätigte und begab sich in eine antiretrovirale Therapie.

Im Zeitraum von Frühjahr 2002 bis Sommer 2003 vollzog der Angeklagte mit seiner damaligen Freundin, der Geschädigten, zahlreiche Male ungeschützten vaginalen Geschlechtsverkehr. Obwohl der Angeklagte wusste, dass er Träger des HI- Virus ist und es sich dabei um einen durch ungeschützten Sexualverkehr übertragbaren Krankheitserreger handelt verschwieg er seiner Sexualpartnerin seine HIV- Infektion. Auch als diese im Zusammenhang mit ihrer Hepatitis C Erkrankung sagte sie sei HIV- negativ erwiderte der Angeklagte er sei ebenfalls HIV- negativ. Hätte sie gewusst, dass der Angeklagte HIV- positiv ist, hätte sie keinen ungeschützten Geschlechtsverkehr mit ihm gehabt.

Im Juni 2003 erfuhr die Geschädigte über eine Drittperson von der HIV- Infektion des Angeklagten. Die Geschädigte steckte sich gemäss dem Laborbericht des Stadtsitals Zürich nicht mit dem HI- Virus an.

Würdigung:

Gemäss Art. 122 Abs. 1 StGB muss die Verletzung lebensgefährlich sein. Das Gericht stützt sich in *objektiver Hinsicht* auf BGE 131 IV E. 1.1; BGE 125 IV 242 E. 2b/dd. Eine HIV- Infektion ist lebensgefährlich da die Infektion mit dem HI- Virus mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Tod führt, trotz medizinischer Fortschritte und verbesserter medikamentösen Behandlungen.

Bezüglich des *subjektiven Tatbestands* folgt das Gericht BGE 125 IV 242 E. 3 (bestätigt in BGE 131 IV 1 E. 2.2); wonach jeder einzelne ungeschützte Sexualkontakt und schon ein einziger und der erste das Risiko einer Übertragung des HI- Virus in sich birgt, dass der Infizierte dieses ihm bekannte Risiko in keiner Weise kalkulieren und dosieren kann und dass sein Partner keinerlei Abwehrchancen hat. Beim Angeklagten wird von Eventualvorsatz ausgegangen da er in Kauf nahm dass sich die Geschädigte im Rahmen der zahlreichen ungeschützten Sexualkontakte mit dem HI- Virus anstecken und so ihr Leben gefährden könnte.

Da sich die Geschädigte nicht mit dem HI- Virus ansteckte liegt mehrfach versuchte schwere Körperverletzung gemäss Art. 122 Abs. 1 StGB i.V. mit Art. 22 Abs. 1 StGB vor.

Bezüglich des Straftatbestandes von Art. 231 StGB verweist das Gericht auf die Erwägung des Bundesgerichts im Jahre 1990 wonach eine HIV- infizierte Person, die durch ungeschützten Geschlechts-

verkehr das HI- Virus auf eine andere Person überträgt die Straftatbestände von Art. 231 StGB und Art. 122 StGB erfüllt (Idealkonkurrenz). Das Gericht folgt dieser konstanten Rechtsprechung (BGE 125 IV 242; BGE 125 IV 255; Urteil des Bundesgerichts 6S.358/2003 vom 27.10.04, E. 2; BGE 131 IV 1); folglich hat sich der Angeklagte zusätzlich gemäss Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 i.V. mit Art. 22 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinsichtlich der *Strafzumessung* wurde der vollendete Versuch geringfügig strafmildernd berücksichtigt. Strafschärfend wirkte sich das Zusammentreffen der Hauptdelikte (Art. 122 Abs.1 i.V. mit Art. 22 Abs. 1 StGB und Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) sowie die mehrfache Tatbegehung aus. Der Gefängnisvollzug im Jahre 2001 von zwei weiteren Straftaten wirkt sich gemäss Art. 67 Ziff. 1 StGB (Rückfall) strafschärfend aus.

Das Gericht stufte das Verschulden des Angeklagten als schwer ein. Der Angeklagte wurde am 23.06.97 bereits durch die Bezirksanwaltschaft Hinwil wegen mehrfachen versuchten Verbreitens menschlicher Krankheiten zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 3 Monaten verurteilt. Aufgrund dieser Verurteilung wusste er um die Strafbarkeit seines Vorgehens. Weiter nutzte der Angeklagte das Vertrauensverhältnis welches er zu der Geschädigten hatte schamlos aus; obwohl ihn die Geschädigte im Rahmen ihrer Beziehung auf eine allfällige HIV-Erkrankung angesprochen hat verschwieg er ihr seine HIV- Infektion. Der Angeklagte hat sich nie um die Hilfsmittel für „Safer Sex“ gekümmert.

Das Gericht führt einen Strafenvergleich bezüglich der Höhe der Strafe durch und erklärt 3 Jahre Gefängnis für angemessen.

Im Bezug auf seine Persönlichkeitsstörung und seine Sucht erkennt das Gericht eine vollzugsbegleitende Massnahme nach Art. 43 StGB und Art. 44 StGB. Als Ursache der Delinquenz des Angeklagten wird primär seine Persönlichkeitsstörung gesehen. Gemäss dem Gutachten ist eine ambulante Therapie ausserhalb des Strafvollzugs nicht Erfolg versprechend; sie würde dem Angeklagten zuwenig Struktur bieten. Weiter sei eine stationäre Massnahme ebenfalls nicht empfehlenswert. Folglich kommt lediglich eine ambulante Massnahme während dem Strafvollzug in Betracht.

Im Hinblick auf die Genugtuung führt das Gericht aus, die Geschädigte sei seelisch erheblich aus dem Gleichgewicht geworfen worden als sie von der HIV- Infektion des Angeklagten Kenntnis erhielt. Weiter wurde ihr Vertrauen von dem Angeklagten massiv missbraucht. Die Geschädigte stellte schnell fest, dass sie sich nicht infiziert hatte; der Zeitraum der Ungewissheit war somit relativ gering. Die Geschädigte suchte trotz der Kenntnis der HIV- Infektion wieder den sexuellen Kontakt zum Angeklagten. Das Gericht hält eine Genugtuung von CHF 5'000 für angemessen.

3.5.A005 (B002)BGE 131 IV 1 - Urteil vom 27.10.04

Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht bezüglich des Urteils des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 15.07.03. Die Vorinstanz sprach X der mehrfach versuchten schweren Körperverletzung (Art. 122 Abs. 1 StGB) sowie des mehrfachen versuchten Verbreitens menschlicher Krankhei-

ten (Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), jeweils i.V. mit Art. 22 Abs. 1 StGB (Versuch) sowie teilweise i.V. mit Art. 21 Abs. 1 StGB, schuldig. Sie verurteilte den Angeklagten zu dreieinhalb Jahren Gefängnis.

X beantragt mit der Nichtigkeitsbeschwerde das Urteil des Geschworenengerichts aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Nichtigkeitsbeschwerde teilweise gut was zur Folge hat, dass die Vorinstanz die Strafe neu zumessen muss.

Sachverhalt:

Zwischen August 1995 und Juni/Juli 1998 hat X (HIV- positiv) mit fünf Männern ungeschützt sexuell verkehrt. X wusste dabei um seine HIV- Infektion. Seine Sexualpartner hat X grundsätzlich nicht darüber seine HIV- Infektion informiert, mit Ausnahme von B. B verkehrt trotz dem Wissen um die HIV- Positivität des X weiterhin ungeschützt mit diesem. Vier der fünf Männer sind heute HIV- positiv. Indizien sprechen dafür, dass sie durch X infiziert wurden (konnte offen gelassen werden; X wurde lediglich wegen versuchter schwerer Körperverletzung angeklagt wurde).

Würdigung:

Der Beschwerdeführer (X) macht geltend, der objektive Tatbestand der schweren Körperverletzung sei nicht erfüllt, da es nach dem heutigen Stand der Behandlungsmöglichkeiten an einer erheblichen Wahrscheinlichkeit des tödlichen Verlaufs fehle. Das Bundesgericht verweist auf BGE 125 IV 242 E. 2b/dd, indem es entschieden hat, eine HIV- Infektion sei lebensgefährlich. (Die Infektion führt mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Ausbruch der Immunschwäche AIDS und anschliessend mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Tod.) Gemäss dem erwähnten BGE ist weiter die erhebliche Wahrscheinlichkeit des tödlichen Verlaufs massgebend um eine schwere Körperverletzung zu bejahen. Das Bundesgericht führt aus, dass sich auch heute, trotz gewisser medizinischer Fortschritte und verbesserter medikamentöser Behandlung nichts Grundsätzliches daran geändert hat, dass die HIV- Infektion mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Tod führt; eine zeitliche Unmittelbarkeit der Lebensgefahr ist nicht erforderlich.

Der Beschwerdeführer macht weiter geltend er habe nicht mit Eventualvorsatz gehandelt sondern höchstens fahrlässig. X wusste um seine HIV- Infektion, als er mit den fünf Männern anal und oral ungeschützt verkehrte. Er war sich bewusst darüber, dass durch ungeschützten Analverkehr sowie durch Ejakulieren in den Mund eine Ansteckung erfolgen kann. Die Vorinstanz verweist in ihrem Urteil auf BGE 125 IV 242. Gemäss Bundesgericht darf nicht allein aus dem Wissen des Beschuldigten um die Möglichkeit des Erfolgseintritts auf Eventualvorsatz geschlossen werden; es braucht weitere Umstände welche in BGE 125 IV 242 E. 3 darin gesehen wurden, dass beim ungeschützten Sexualkontakt jeder einzelne und schon ein einziger Akt das Risiko der Übertragung des HIV- Virus in sich birgt. Der Infizierte kann dieses ihm bekannte Risiko in keiner Art und Weise kalkulieren und dosieren, der nicht informierte Partner hat gegen die Gefahr einer Infizierung keine Abwehrchancen. Weiter wurde in dem genannten Entscheid ausgeführt der Beschwerdeführer habe seine, sich aus dem Wissen um HIV- Infizierung ergebende, Aufklärungspflicht aus eigennützigem Interesse verletzt. Das Bundesgericht verweist darauf, dass diese Rechtsprechung kritisiert wird, hält aber trotzdem daran fest. Im Bezug auf BGE 125 IV 242 führt das Bundesgericht weiter aus, die darin erwähnte statistische Infekti-

onswahrscheinlichkeit von 0.3% eine mittlere Übertragungswahrscheinlichkeit je Sexualkontakt bei Vaginalverkehr in einer länger dauernden Partnerschaft darstellt. Ergänzend wird angefügt, dass nach neueren Erkenntnissen die Wahrscheinlichkeit der Übertragung bei den ersten Sexualkontakten höher ist, während sie später sinkt, möglicherweise zurückzuführen auf eine zelluläre Immunantwort.

Bezüglich des vorliegenden Falls weist das Bundesgericht daraufhin, die Übertragungswahrscheinlichkeit sei bei Analverkehr weit höher als bei Vaginalverkehr. Die Sexualpartner von X wussten nicht von seiner HIV- Positivität. Ein Sexualpartner (A) bestand darauf nur geschützt zu verkehren, der Beschwerdeführer ging so weit, dass er einmal plötzlich das Kondom entfernte und ohne dieses in den Anus des Partners eindrang. X machte die Aussage, die Leute die mit ihm Sex haben wollten seien selber für die Verwendung eines Kondoms verantwortlich; die Leute seien selber Schuld, wenn er sie beim ungeschützten Verkehr anstecken würde. Damit bestätigte der Beschwerdeführer, dass ihm das Schicksal seiner Sexualpartner völlig gleichgültig war und er ihre Ansteckung in Kauf nahm. Das Bundesgericht bestätigt den Eventualvorsatz.

B war als einziger Sexualpartner über die HIV- Infizierung von X informiert und verkehrte dennoch ungeschützt mit ihm. Der Beschwerdeführer leitet daraus eine rechtfertigende Einwilligung in die (versuchte) schwere Körperverletzung ab. Das Bundesgericht hält zunächst fest, eine Einwilligung beim vorsätzlichen Verletzungsdelikt müsse sich nicht nur auf die Tathandlung sondern auch auf den Verletzungserfolg erstrecken. Es ist anzunehmen, dass B seine Ansteckung mit dem Virus nicht gewollt hat. Es steht jedoch in Frage, ob B in eine Gefährdung eingewilligt hat und ob eine solche Einwilligung rechtlich relevant ist. B verkehrte auch nach dem er von der HIV- Positivität des X wusste weiter ungeschützt mit ihm. Es liegt kein Grund zur Annahme vor B habe unter Zwang gehandelt oder nicht er hätte nicht überblickt worauf er sich einliess. Daher ist davon auszugehen, dass B freiverantwortlich gehandelt hat. Das Bundesgericht hält fest, es liege Mitwirkung des Beschwerdeführers an einer Selbstgefährdung des B vor (straffrei). Ausschlaggebend dafür ist, dass bei Sexualkontakten die Herrschaft über das Geschehen grundsätzlich beiden Beteiligten zukommt. Es liegt in ihrer Hand noch rechtzeitig abzubrechen oder auf die Verwendung eines Kondoms zu beharren. Folglich erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde bezüglich des Schuldspruchs für die ungeschützten Sexualkontakte mit B (in der Zeit als er von der Infektion wusste) als begründet.

Weiter beanstandet der Beschwerdeführer seine Verurteilung wegen mehrfachen Versuches der Verbreitung menschlicher Krankheiten. Das Bundesgericht verweist auf BGE 125 IV 242 E. 2a/bb und hält an dieser Rechtsprechung fest. Da es sich bei Art. 231 StGB um ein Delikt der Gemeingefährdung handelt ist die Einwilligung des B nicht relevant.

Die Vorinstanz muss die Strafe neu zumessen.

3.6. G 011Obergericht des Kantons Zürich - Geschäfts-Nr. SE030004/U - Urteil vom 23.06.03

Urteil wegen versuchter schwerer Körperverletzung (Art. 122 Abs. 3 i.V. mit Art. 23 Abs. 1 StGB) sowie des versuchten Verbreitens menschlicher Krankheiten (Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 i.V. mit Art. 23 Abs. 1 StGB) (Idealkonkurrenz).

Strafe und Sanktion: 15 Monate Gefängnis. Es wird eine stationäre Behandlung des Angeklagten im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB angeordnet. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird zu diesem Zweck aufgeschoben (Art. 43 Ziff. 2 Abs. 1 StGB).

Genugtuung in der Höhe von CHF 1'000 an die Geschädigte (zuzüglich 5% Zinsen seit dem 01.08.02).

Sachverhalt:

Der Angeklagte ging fälschlicherweise davon aus HIV- positiv zu sein. Einige Wochen vor dem ungeschützten Geschlechtsverkehr mit der Geschädigten teilte der Angeklagte ihr mit, er habe Hepatitis C und sei HIV- positiv. Einige Wochen später kam es zu ungeschützten Geschlechtsverkehr zwischen den beiden. Beide konsumierten vorher gemeinsam Drogen und waren nach eigenen Angaben „zu“. Eine Untersuchung ergab, dass weder der Angeklagte noch die Geschädigte Träger des HI- Virus sind.

Würdigung:

Bezüglich des *objektiven Tatbestands* von Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB verweist das Gericht auf BGE 125 IV 242 E. 2bb, wonach die Übertragung des Krankheitserregers auf eine Person genügt, da diese ihrerseits weitere Personen infizieren kann. Es ist nicht erforderlich, dass die Krankheit bei der angesteckten Person bereits ausgebrochen ist. Das Gericht verweist weiter auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung wonach der HIV-Seropositivität Krankheitscharakter im Sinne von Art. 231 StGB zukommt, in diesem Zusammenhang wird auch auf BGE 116 V 239 ff (Sozialversicherungsrecht) verwiesen. Weiter fügt das Gericht aus, eine HIV- Infektion verlaufe nach aktuellen Erkenntnissen in der Regel tödlich, weshalb ihre Gefährlichkeit nicht strittig ist. Folglich hätte der Angeklagte den objektiven Tatbestand von Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erfüllt wäre er tatsächlich HIV- positiv gewesen.

Beim *subjektiven Tatbestand* stellt sich die Frage ob der Angeklagte eventualvorsätzlich gehandelt hat (direkter Vorsatz wird ihm nicht vorgeworfen). Das Gericht verweist im Bezug auf die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit insbesondere auf BGE 125 IV 253 f.. Es kommt zum Schluss, der Angeklagte habe den tatbestandsmässigen Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf genommen. Beim ungeschützten Geschlechtsverkehr hat der Angeklagte die Geschädigte dem inakzeptablen, unberechenbaren und nicht beeinflussbarem Risiko einer Übertragung des HI- Virus ausgesetzt sowie den ihm bekannten Gefahren für die Gesundheit und das Leben.

Weiter befasst sich das Gericht mit der Frage ob allenfalls die Einwilligung der Geschädigten zu einem anderen Ergebnis führen würde. Dies fällt einerseits ausser Betracht da es sich bei Art. 231 StGB um ein gemeingefährliches Delikt handelt und andererseits weil die Geschädigte zum Zeitpunkt der Handlung unter Drogeneinfluss stand und unter diesen Umständen nicht davon ausgegangen werden kann, sie habe sich genügend Rechenschaft über das Risiko ablegen können sowie bewusst in eine mögliche Ansteckung einwilligen wollen.

Das Gericht geht von einem untauglichen Versuch gemäss Art. 23 StGB aus, da der Angeklagte fälschlicherweise der Überzeugung war er sei HIV- positiv.

Bezüglich des *objektiven Tatbestands* von Art. 122 StGB hebt das Gericht hervor, dass es der Medizin seit 1995 gelang die Erkrankungs- und Sterbehäufigkeit durch den kombinierten Einsatz mehrerer, teilweise neuer Medikamente massiv zu senken. Die Kombinationstherapie stellt hohe Anforderungen an die Disziplin des Patienten und hat erhebliche Nebenwirkungen. Das Gericht kommt zum Schluss, dass die Auswirkungen des HI- Virus auf die körperliche und geistige Gesundheit erheblich sind. Es erachtet die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die eine Infizierung mit dem HIV- Virus unter Art. 122 StGB (nicht Art. 123 StGB) subsumiert als korrekt und verweist auf BGE 125 IV 247 ff.

Weiter verweist das Gericht auf das Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 09.11.98 und auf BGE 125 IV 242 ff., das Geschworenengericht subsumierte den Fall unter Art. 122 Abs. 3 StGB, das Bundesgericht korrigierte das Urteil indem es den Fall unter Art. 122 Abs. 1 StGB subsumierte. In casu folgt das Gericht der Meinung des Geschworenengerichts, indem es die geforderte Unmittelbarkeit der Lebensgefahr verneint (die nach Art. 122 Abs. 1 StGB gefordert ist) und den Sachverhalt unter Art. 122 Abs. 3 StGB subsumiert. Dies insbesondere deshalb weil bereits die Latenzzeit bereits mehrere Jahre betragen kann. Die Latenzzeit zudem durch eine medikamentöse Behandlung verlängert werden kann oder der HIV- Zustand stabilisiert werden kann. Des Weiteren sind HIV- positive Langzeitüberlebende bekannt.

Was den *subjektiven Tatbestand* von Art. 122 Abs. 3 StGB betrifft verweist das Gericht auf die Ausführungen zum Eventualvorsatz bezüglich Art. 231 StGB (siehe oben).

Auch bei der schweren Körperverletzung handelt es sich um einen untauglichen Versuch.

Hinsichtlich der *Strafzumessung* wurde strafmildernd berücksichtigt, dass beim Angeklagten gemäss Gutachten zum Tatzeitpunkt verminderte Zurechnungsfähigkeit bestand. Der Angeklagte war nicht in der Lage gemäss seiner Einsicht, dass seine Handlung unrecht war, zu handeln. Die Zurechnungsfähigkeit war insbesondere durch Persönlichkeitsstörungen und dem zum Tatzeitpunkt erheblichen Kokain- und Alkoholkonsum herabgesetzt gewesen. Der Angeklagte hat untaugliche Versuche begangen, dies wirkt sich strafmildernd aus (Art. 66 StGB). Die Geständigkeit des Angeklagten wirkt sich zu seinen Gunsten aus.

Strafschärfend wirkt sich der unentschuld bare Grund aus, dass sich der Angeklagte nicht um die Hilfsmittel für „Safer Sex“ gekümmert hat. Weiter wirkt sich der technische Rückfall (Art. 67 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) strafschärfend bzw. innerhalb des Strafrahmens erhöhend aus.

Für die Strafzumessung führt das Gericht weiter einen Strafmassvergleich durch.

Eine Strafe von 15 Monaten Gefängnis wird als angemessen angesehen.

Aufgrund der Suchtproblematik und der kombinierten Persönlichkeitsstörung des Angeklagten wird eine stationäre Behandlung angeordnet (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).

Im Bezug auf die Genugtuung führt das Gericht aus, die Geschädigte sei nach dem ungeschützten Geschlechtsverkehr mit dem Angeklagten seelisch erheblich aus dem Gleichgewicht geworfen worden. Sie musste annehmen sich möglicherweise mit dem HI- Virus infiziert zu haben. Die Inkubationszeit kann unter Umständen Monate dauern; in casu konnten die Untersuchungsbehörden jedoch rund sechs Wochen nach der Tat Entwarnung geben. Folglich war der Zeitraum der Ungewissheit für die Geschädigte überschaubar. Da die Geschädigte von der (vermeintlichen) HIV- Infektion des Geschädigten wusste und sie sich weder körperlich noch verbal gegen den ungeschützten Geschlechtsverkehr zur Wehr gesetzt hat trifft sie ein gewisses Selbstverschulden. Eine Genugtuung von CHF 1'000 wird vom Gericht als angemessen betrachtet.

3.7.A003 BGE 125 IV 242 - Urteil vom 20.10.99

Das Geschworenengericht des Kantons Zürich fällte am 09.11.98 folgendes Urteil: Urteil wegen schwerer Körperverletzung (Art. 122 Abs. 1 StGB), Verbreiten menschlicher Krankheiten (Art. 231 Ziff. 1 StGB) (Idealkonkurrenz) im Bezug auf die Geschädigte Y sowie Art. 122 Abs. 3 i.V. mit Art. 22 Abs. 1 (Versuch) StGB, Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 i.V. mit Art. 22 Abs. 1 StGB im Bezug auf die Geschädigte Z. Des Weiteren Verurteilung wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand (Art. 91 Abs. 1 SVG). Der Angeklagte beantragte mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde die Aufhebung des Urteils. Das Bundesgericht wies die Nichtigkeitsbeschwerde ab. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist die Tatbestandsvariante nach Art. 122 Abs. 1 StGB erfüllt und nicht wie nach Auffassung der Vorinstanz nach Art. 122 Abs. 3 StGB.

Strafe und Sanktion: 3 Jahre Gefängnis sowie Zahlung einer Genugtuungssumme in der Höhe von 80'000 CHF an die Geschädigte Y und 20'000 CHF an die Tochter A (zuzüglich 5% Zinsen seit dem 01.01.94).

Sachverhalt:

Ende 1981 knüpften der kenianische Staatangehörige X eine intime Beziehung mit Y, aus dieser Beziehung ging 1983 eine Tochter hervor. Ende 1991 stand nach einer längeren Trennung die Wiederaufnahme der intimen Beziehung zur Diskussion. Y machte dies vom Ergebnis eines HIV- Tests abhängig. Der Test von Y war negativ. X teilte Y mit, dass auch sein Test negativ gewesen sei, was jedoch nicht der Wahrheit entsprach. X wusste seit Juni 1990, aufgrund eines damals durchgeführten HIV- Tests, dass er HIV- positiv ist. Y vertraute den wahrheitswidrigen Angaben des X und nahm die intime Beziehung zu ihm wieder auf. Im Zeitraum von Ende März 1992 und April 1993 kam es durchschnittlich einmal wöchentlich bis einmal monatlich zum ungeschützten Geschlechtsverkehr. Y wurde dabei von X mit dem HI- Virus angesteckt.

Mit Z (der zweiten Geschädigten) vollzog Y zwischen September 1991 und Dezember 1991 etwa fünfmal, davon viermal ungeschützt, den Geschlechtsverkehr. Er verschwieg Z seine HIV- Infektion. Z wurde nicht infiziert.

Würdigung:

X (der Beschwerdeführer) bestreitet nicht, dass er die objektiven Tatbestände der schweren Körperverletzung und des Verbreitens menschlicher Krankheiten erfüllt hat, in subjektiver Hinsicht jedoch ist er der Auffassung es handle sich um bewusste Fahrlässigkeit, nicht um Eventualvorsatz wie das Geschworenengericht des Kantons Zürichs in seinem Entscheid festhielt.

Obwohl der *objektive Tatbestand* nicht bestritten wird macht das Bundesgericht dazu einige Ausführungen. Der Tatbestand von Art. 231 StGB beinhaltet das Tatbestandselement der gefährlichen Krankheit. In diesem Zusammenhang hält das Bundesgericht fest, dass eine HIV-Infektion schon in der so genannten symptomlosen Phase II eine gefährliche Krankheit ist und verweist auf BGE 116 IV 125. Aus BGE 116 V 239 E. 3 und BGE 124 V 118 E. 5, 6 ergibt sich, dass die HIV- Infektion auch sozialversicherungsrechtlich als Krankheit betrachtet wird. Weiter wird angefügt, es genüge für den Tatbestand von Art. 231 StGB, dass das HI- Virus übertragen werden kann, es sich aber nicht verbreitet. D.h. die Verbreitung ist zur Erfüllung des Tatbestandes nicht erforderlich.

Im Folgenden legt das Bundesgericht dar, weshalb es sich um eine schwere und nicht um eine einfache Körperverletzung handelt. Die Infektion mit dem HI- Virus führt nach ungewisser, relativ langer Zeit bei vielen Betroffenen mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Tod. Eine lebensgefährliche Verletzung nach Art. 122 Abs. 1 StGB darf (gemäss BGE 109 IV 18 E. 2c S. 20) nur angenommen werden, wenn die Verletzung zu einem Zustand geführt hat, in dem sich die Möglichkeit des Todes dermassen verdichtet, dass sie zur ernstlichen und dringlichen Wahrscheinlichkeit wurde. Die Lebensgefahr muss nicht eine zeitlich unmittelbare, akute sein. Die HIV- Infektion erfüllt diese Voraussetzungen. Eine HIV-Infektion erfüllt den objektiven Tatbestand von Art. 122 Abs. 1 StGB, bei diesem Ergebnis kann dahingestellt werden ob die HIV- Infektion auch als eine andere Schädigung der körperlichen und/oder geistigen Gesundheit gemäss Art. 122 Abs. 3 StGB qualifiziert werden kann.

In *subjektiver Hinsicht* macht der Beschwerdeführer (X) geltend, es handle sich um bewusste Fahrlässigkeit nicht um Eventualvorsatz. Der Wille des Beschwerdeführers die Partnerinnen anzustecken sei nicht nachgewiesen. Die Vorinstanz hat darauf hingewiesen, dass in der Lehre unterschiedliche Anforderungen an die Willenskomponente des Eventualvorsatzes (im Zusammenhang mit der Übertragung des HI- Virus) gestellt werden. Die statistische Infektionswahrscheinlichkeit beim ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einem HIV- Infizierten liegt im Promillebereich. Nach der einen Meinung genügt jeder ungeschützte Geschlechtsverkehr eines HIV- Infizierten (der von seinem HI- Virus weiss) mit einer nicht über die Infektion aufgeklärten Person um die eventualvorsätzliche Tatbegehung zu bejahen. Nach der anderen Auffassung müssen zahlreiche ungeschützte Sexualkontakte erfolgen um den Eventualvorsatz zu bejahen. Die Vorinstanz folgte der ersten Auffassung. Wobei im Besonderen auch auf die Verletzung der im sexuellen Bereich obliegenden Sorgfaltspflicht eingegangen wird.

Das Bundesgericht hält fest, dass u. a. die Grösse des (ihm bekannten) Risikos der Tatbestandsverwirklichung und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung relevante Umstände für die Entscheidung der Rechtsfrage, ob der Täter eventualvorsätzlich oder bewusst fahrlässig gehandelt hat, sind. Ein grosses Risiko und eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung sprechen für Eventualvorsatz. In casu wusste der Beschwerdeführer um seine HIV- Infizierung, um die Ansteckungsgefahr und um den Verlauf der Krankheit. Dennoch vollzog er ungeschützten Geschlechtsverkehr mit Y und Z. Dass er allen-

falls nicht bei jedem einzelnen ungeschützten Geschlechtsverkehr konkret an das Risiko der Übertragung des Virus dachte ist unerheblich; das Bewusstsein der wesentlichen Umstände im Sinne eines Begleitwissens genügt. Für den Eventualvorsatz zusätzlich erforderlich ist die Inkaufnahme des Erfolgs. Aus dem Wissen um das Risiko kann unter Berücksichtigung der Umstände auf Inkaufnahme des Erfolgs geschlossen werden. Zu diesen Umständen gehört, dass ein einziger ungeschützter Geschlechtsverkehr mit einem HIV- Infiziertem das Risiko der Übertragung des Virus in sich birgt. Der Infizierte kann dieses ihm bekannt Risiko in keiner Weise kalkulieren und dosieren und der Partner hat bezüglich der Gefahr einer Infizierung keine Abwehrchancen. Im juristischen Sinne kann unter diesen Umständen nicht von bewusster Fahrlässigkeit gesprochen werden sondern der Infizierte nimmt die Infizierung seines Partners in Kauf. Auch wenn der Erfolg dem Täter unerwünscht ist bzw. er hofft, seinen Partner nicht zu infizieren schliesst dies eine Inkaufnahme im Sinne eines Eventualvorsatzes nicht aus. Die statistisch geringe Infektionswahrscheinlichkeit (ein ungeschützter Geschlechtsverkehr von ca. dreihundert) ist nicht relevant.

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, der Beschwerdeführer habe mit Eventualvorsatz gehandelt und weist die Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Punkt ab.

Weiter bestätigt das Bundesgericht die Idealkonkurrenz zwischen Art. 122 Abs. 1 StGB und Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB gemäss BGE 116 IV 125.

3.8. A004 BGE 125 IV 255 – Urteil vom 20.10.99

Gegen das Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 09.11.98 (siehe oben BGE 125 IV 242) legte die Staatsanwaltschaft Nichtigkeitsbeschwerde ein, mit dem Antrag das Urteil des Geschworenengerichts sei wegen Verletzung von Bundesrecht (versuchte Tötung Art. 18 Abs. 2 und Art. 111 StGB) aufzuheben und die Sache in neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Sachverhalt:

Siehe oben BGE 125 IV 242

Würdigung:

Im kantonalen Verfahren beantragte die Beschwerdeführerin X sei u. a. wegen mehrfachen Versuchs der Tötung (Art. 22 Abs. 1 i.V. mit Art. 111 StGB) zu verurteilen. Die Vorinstanz lehnte eine solche Verurteilung ab. Sie führte dazu aus, dass der zu erwartende wahrscheinliche Tod eine Spätfolge des Handelns sei und nur noch lose mit dem Täterverhalten verknüpft sei; mangels objektiver Zurechenbarkeit der Todesfolge sei daher der Tötungsvorsatz des Infizierten zu verneinen. Vorbehalten bleiben die Fälle in denen der Täter direktvorsätzlich handelt, dies ist in casu nicht der Fall.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, nach Rechtsprechung und Lehre würden direkter Vorsatz und Eventualvorsatz grundsätzlich gleich behandelt, so auch bei den Tötungsdelikten und diesbezüglichen Versuchen. Das Risiko der Tatbestandsverwirklichung sowie die Verletzung der Sorgfaltspflicht seien in casu so gross gewesen, dass X den Tod von Y und Z in Kauf genommen habe.

Das Bundesgericht führt aus, dass der Beschwerdegegner in Kenntnis der Übertragungsmöglichkeiten gehandelt hat und sich auch über den Verlauf der Krankheit bewusst war. Es geht jedoch davon aus, X habe weder die Ansteckung noch den Tod seiner beiden Sexualpartnerinnen etwa aus Hass oder Rache gewollt bzw. angestrebt noch habe er sie zum ungeschützten Geschlechtsverkehr genötigt. Weiter wird auf die statistisch gesehen im Promille Bereich liegende HIV- Infizierung aufgrund eines ungeschützten Geschlechtsverkehrs hingewiesen. Im Falle eine Infizierung ist jedoch die Wahrscheinlichkeit des Ausbruchs von AIDS und des daran anschliessenden Todes gross. Gemäss Bundesgericht widerstrebt es dem Rechtsgefühl, jeden ungeschützten Sexualkontakt eines HIV- Infizierten in Fällen der vorliegenden Art als vollendeten Tötungsversuch zu qualifizieren. Gestützt auf die Lehre bzw. einen Teil der Lehre verneint das Bundesgericht in casu den Tötungsversuch da ein langer Zeitraum zwischen der Tathandlung und dem allfälligen Tötungserfolg liegt; der eintretende Tod ist dem Täter schon objektiv nicht zurechenbar. Des Weiteren verweist das Bundesgericht auf die verbesserten Therapiemöglichkeiten die die Lebenserwartung eines HIV- Infizierten erhöhen.

Die Frage wie die Fälle zu entscheiden sind in denen der Täter die Infizierung bzw. den Tod des Sexualpartners gewollt hat wird offen gelassen.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

3.9. G018 Kantonsgericht Freiburg - CP 11/98 - Urteil vom 19.06.98

Das Kantonsgericht heisst den Rekurs (des Täters) gut und weist den Fall an die Vorinstanz zurück. Die Vorinstanz verurteilte den Täter u. a. wegen schwerer Körperverletzung (Art. 122, StGB) sowie wegen Verbreitens menschlicher Krankheiten (Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1) zu 30 Monaten Gefängnis.

Sachverhalt:

Der Täter und das Opfer sind verheiratet. Der Ehemann ist HIV- positiv und weiss dies, dennoch praktizierte er den ungeschützten Geschlechtsverkehr mit der Geschädigten. Das Paar lernte sich im April 1995 kennen, sie pflegten sogleich eine intime Beziehung zueinander; zuerst geschützt, später ungeschützt (ca. zwei bis drei Monate nach dem Kennenlernen). Die ungeschützten Kontakte waren am Anfang häufig, mehrere Male pro Woche. Die Ansteckung fand mit höchster Wahrscheinlichkeit vor Mitte Oktober statt, vermutlich im Juni oder Juli 1995. Mitte Oktober gingen sie nach Sri Lanka um dort für das IKRK zu arbeiten.

Würdigung:

Der Kläger (Täter) macht geltend, es könne nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob das HIV- Virus in der Schweiz übertragen wurde; es könnte ebenso gut in Sri Lanka übertragen worden sein. Aufgrund dieser Unsicherheit seien Art. 5 und 6 StGB anwendbar wonach das ausländische Recht anzuwenden ist, falls es für den Täter das mildere/ günstigere ist. Das Kantonsgericht hält fest, die Vorinstanz habe das Recht verletzt indem sie das Sri Lankanische Recht nicht berücksichtigt hat. Sie hätte prüfen müssen ob dieses Recht für den Täter günstiger gewesen wäre.

Die Geschädigte litt zwei Tage nach der Abreise nach Sri Lanka an Übelkeit (erbrechen) und Durchfall, dies ungefähr vier Wochen lang. Der Arzt konnte nicht feststellen weshalb sie krank war. Die Geschädigte denkt es sei aufgrund ihrer HIV- Infektion.

Gestützt auf die Aussage eines Arztes führt das Gericht aus, dass das HIV- Virus in der ersten Phase nur schwer entdeckt werden kann. Nach unterschiedlich langer Zeit, in dem meisten Fällen jedoch in weniger als sechs Monaten, produziert der Körper Antikörper. Während dieser Zeit kann der Infizierte Krankheitssymptome zeigen, diese sind jedoch verschieden und wenig spezifisch. Diese Symptome dauern einige Tage bis Wochen. Danach fühlt sich der Patient wieder normal. Es ist nicht möglich das genaue Datum der Ansteckung festzustellen. Ein einziger ungeschützter sexueller Kontakt kann zur Ansteckung mit dem HIV- Virus führen. Diese Feststellungen sprechen dafür, dass das Virus wahrscheinlich in der Schweiz übertragen wurde, dennoch bleiben Zweifel, die zu Gunsten des Täters auszuliegen sind.

(Nachfolgend befasst sich der Entscheid mit dem Streit vom 26.04.96, indem der Ehemann seine Gattin geschlagen hat.)

3.10. A002 BGE 120 IV 313 - Urteil vom 17.06.94

Im vorliegenden Fall geht es um ein weibliches Opfer eines Verkehrsunfalls welches HIV- positiv ist. Dem Chirurgen S erzählt die Frau, im Rahmen einer Konsultation, sie sei HIV- positiv und ihr Freund leide an AIDS (den Namen des Freundes nennt sie nicht). In einem Schreiben an die Kommission der Invalidenversicherung des Kantons Neuchâtel erwähnt S die Frau sie HIV- positiv, die Information ist mit der Überschrift „vertraulich“ versehen. S wird in der Folge vorgeworfen er habe das Arztgeheimnis verletzt. Das Bundesgericht spricht S gestützt auf Art. 20 StGB frei.

3.11. A001 BGE 116 IV 125 - Urteil vom 22.02.90

Urteil wegen Verbreiten menschlicher Krankheiten (Art. 231 StGB) sowie wegen schwerer Körperverletzung (Art. 122 StGB) (Idealkonkurrenz). Der Täter reichte Nichtigkeitsbeschwerde beim Bundesgericht ein, er verlangte die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Neuerwägung.

Erstinstanzlich wurde er zu dreieinhalb Jahren Gefängnis verurteilt, in zweiter Instanz zu vier Jahren.

Strafe: Vier Jahre Gefängnis (das Bundesgericht bestätigt das Urteil der Vorinstanz).

Sachverhalt:

Im Monat Februar 1987 verbüsste der Beschwerdeführer eine Gefängnisstrafe, aus dem Gefängnis schrieb er einem jungen Mädchen, das er schon seit einem Jahrzehnt kannte; daraus entwickelte sich eine Korrespondenz. Während seinen ersten Freigängen im März 1987 entwickelte sich eine sexuelle Beziehung zwischen den Beiden.

Die Geschädigte machte im Februar 1987 einen HIV- Test, der negativ war. Im Juli 1988 unterzog sie sich wiederum einem Test, der jedoch positiv war. Sie hatte in dieser Zeit keine sexuellen Kontakte, ausser mit dem Beschwerdeführer. Dieser erwähnte ihr gegenüber nie seine HIV-Infizierung, obwohl er davon wusste. Ein Test vom 10.03.87 zeigt, dass der Beschwerdeführer HIV- positiv ist und davon in Kenntnis gesetzt wurde.

Würdigung:

Der Beschwerdeführer beantragt er sei nicht wegen Art. 231 StGB zu verurteilen, die Infektion mit dem HIV- Virus sei keine Krankheit, im Gegensatz zu AIDS. Er führt aus, dass bei einer HIV- Infizierung die Auswirkungen körperlich nicht spürbar sind, wie sie es bei einer Krankheit sind.

Eventuelliter macht er geltend, falls er sich gemäss Art. 231 StGB strafbar gemacht habe, so konsumiere dieses Delikt die schwere Körperverletzung (d.h. keine echte Idealkonkurrenz zwischen den beiden Delikten).

Das Gericht beschreibt die vier, klinisch bekannten, Stadien der HIV- Infektion. Im ersten Stadium (zwei Wochen bis drei Monate nach der Infektion) zeigen 20% bis 30% Betroffenen eine akute fieberhafte Erkrankung. Am Ende dieser Phase beginnt der Körper Antikörper zu entwickeln, ab diesem Moment ist das Blut als HIV- positiv erkennbar. In der zweiten Phase zeigen etwa 50% der Betroffenen keine Symptome der Krankheit. Für die dritte Phase ist charakteristisch, dass 30% der Betroffenen eine chronische Krankheit (z.B. Durchfall, Fieber) entwickeln. Die vierte Phase ist jene in der AIDS ausbricht. Es gibt Betroffene die direkt von der Phase zwei zur Phase vier gelangen. Zusammengefasst lässt sich sagen, dass nach einem mittellangen Zeitraum plus einer Inkubationszeit von sechs bis zehn Jahren 75 von 100 Betroffenen körperlich krank werden. Weiter führt das Bundesgericht an, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Epidemiengesetzes AIDS noch nicht bekannt war. Das Ziel des Epidemiengesetzes ist es die menschliche (öffentliche) Gesundheit zu schützen. Art. 231 StGB wird auch als Massnahme im Zusammenhang mit dem Kampf gegen Epidemien gesehen, die im Epidemiengesetz nicht vorgesehen sind. Die aktuelle Lehre bezeichnet als Krankheiten im Sinne von Art. 231 StGB jene, die im Epidemiengesetz und der Verordnung über die Definition subsumiert werden können. Die Lehrmeinungen in verschiedenen Bereichen (Medizin, Sozialversicherung, Parlament) gehen davon aus, dass die HIV- Positivität bereits eine Krankheit ist. Das Bundesgericht gelangt zum Schluss, die Vorinstanz habe das Bundesrecht nicht verletzt indem sie die HIV- Infektion als eine Krankheit im Sinne von Art. 231 bewertete.

Im Bezug auf die Konkurrenz zwischen Art. 231 StGB und Art. 122 StGB hält das Bundesgericht fest, Art. 231 StGB beinhalte eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit; eine Person wird infiziert und es wird eine abstrakte Anzahl Personen in Gefahr versetzt. Art. 122 StGB beinhaltet keine solche doppelte Gefährdung. Zwischen den beiden Delikten besteht echte Idealkonkurrenz.

Das Urteil der Vorinstanz wird bestätigt (die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen).

3.12. H009: Gericht des Bezirks de la Broye und Nord Waadt - Urteil vom 20.04.04

Die Angeklagte wurde bezüglich schwerer Körperverletzung und Verbreitens menschlicher Krankheiten freigesprochen.

Sachverhalt:

Bei der Angeklagten handelt es sich um eine 32-jährige Frau, die in Kamerun geboren wurde. Sie genoss keine Schulbildung. Ende 1999 heiratete sie in der Schweiz. Am 26.06.02 zeigte ein Bluttest, im Rahmen einer gynäkologischen Untersuchung, dass sie HIV-positiv ist, dieses Ergebnis wurde am 23.08.02 durch einen weiteren Test bestätigt. Spätestens am 21.08.02 wurde die Angeklagte darüber informiert, welche Schutzmassnahmen sie beim sexuellen Verkehr treffen sollte. Sie verkehrte dafür hin nur noch geschützt. Weder ihr Mann noch ihr Geliebter (die beiden Geschädigten) wurden mit dem HI-Virus infiziert.

Würdigung:

Die Angeklagte wurde über die Gefahren der HIV-Infektion aufgeklärt und es wurde ihr geraten nur noch geschützte sexuelle Kontakte zu haben. Diesen Rat befolgte die Angeklagte.

Mit ihrem Geliebten verkehrte sie oral. Vom Arzt wusste sie, dass oral Verkehr nicht ganz risikofrei ist, deshalb verdächtigte sie den Geliebten, sie mit dem HI-Virus infiziert zu haben. Die Anklage wurde fallengelassen.

Die Angeklagte wird freigesprochen, da sie die Safer Sex Regeln befolgt hat.

3.13. G005: Obergericht des Kantons Zürich - Geschäfts-Nr. SB990057/U/ah - Urteil vom 29.10.01

Die Vorinstanz (Bezirksgerichtes Bülach) fällte am 26.08.98 folgendes Urteil: mehrfach vollendeter Versuche des Verbreitens menschlicher Krankheiten (Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB), mehrfach vollendeter Versuches der einfachen Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB). Des Weiteren wurde der Angeklagte im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und 5 in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a BetmG sowie im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG, teilweise in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1, 3 und 5 BetmG, schuldig gesprochen. Er wurde mit 5 Jahren Zuchthaus bestraft. Zudem wurde der Angeklagte für 15 Jahre aus dem Gebiete der Schweiz verwiesen, wobei der Vollzug der Nebenstrafe nicht aufgeschoben wurde. Alle Parteien reichten gegen dieses Urteil rechtzeitig Berufung ein.

Urteil des Obergerichts wegen Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, Art. 125 Abs. 1 und 2 StGB sowie Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Des Weiteren wegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und 5 i. V. mit Ziff. 2 lit. a BetmG.

Strafe und Sanktion: 3.5 Jahre Zuchthaus, 10 Jahre Landesverweis, unbedingter Vollzug, CHF 10'000 Genugtuung an die Geschädigte.

Sachverhalt:

Der Angeklagte, ein Mann aus Ghana, hat sich vor dem 26.07.94 mit dem HI- Virus angesteckt. Vom 19.08.94 bis zum 03.03.95 war er am Universitätsspital (Abteilung für Infektionskrankheiten) in Behandlung. Im Rahmen der Erstkonsultation wurde dem Angeklagten mitgeteilt er leide an einer gefährlichen Viruskrankheit, diesbezüglich wurde ihm geraten nur noch geschützten Geschlechtsverkehr zu praktizieren. Zu Gunsten des Angeklagten wird angenommen, man habe ihm nicht gesagt, er sei HIV-positiv. Folglich war der Angeklagte der Meinung er leide an einer gefährlichen Viruserkrankung, wusste aber nicht, dass es das HI- Virus ist.

Anfang September 1994 bis Juli 1995 kam es regelmässig zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr zwischen dem Angeklagten und der Geschädigten. Die Geschädigte infizierte sich dabei mit dem HI-Virus.

Würdigung:

Die Geschädigte macht geltend, der Angeklagte habe sich gemäss Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie nach Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie gemäss Art. 125 Abs. 1 und 2 StGB strafbar gemacht.

Zwei Gutachten halten im Bezug auf den Kausalzusammenhang zwischen dem ungeschützten Geschlechtsverkehr (zwischen dem Angeklagten und der Geschädigten) und der Infizierung mit dem HI-Virus der Geschädigten folgendes fest: Die Virusisolate des Angeklagten und der Geschädigten weisen eine grosse Ähnlichkeit auf. Des Weiteren besteht eine enge phylogenetische Verwandtschaft der beiden Isolate. Die Viren des Angeklagten und der Geschädigten sind typisch für eine direkte Ansteckung. Der vermutliche Ansteckungszeitpunkt ist vereinbar mit dem Zeitraum, in dem der ungeschützte Geschlechtsverkehr stattgefunden hat. Die Ansteckung der Geschädigten durch eine Drittperson wird vom Gutachter ausgeschlossen. Weiter wird die Möglichkeit der indirekten Ansteckung, erfolgt durch eine Infektionskette die vom Angeklagten ausgelöst wurde, in casu gegenüber dem Risiko des ungeschützten Geschlechtsverkehrs als vernachlässigbar gering eingestuft. Das Gericht folgt der Überlegung der Vorinstanz, dass aufgrund der aktenkundigen AIDS- Tests der Geschädigten zu Gunsten des Angeklagten davon ausgegangen werden soll, die Geschädigte habe im Zeitraum, in dem die Ansteckung stattfand mit weiteren Männern sexuellen Kontakt gehabt. Für die Ansteckung der Geschädigten über Dritte wären vorgängig mindestens drei Ansteckungen nötig gewesen. Das Gericht führt aus, die Wahrscheinlichkeit dafür, dass es in der relativ kurzen Zeitspanne von September 1994 bis Juli 1995 und zudem im Rahmen flüchtiger Einzelkontakte dazu gekommen sei, erscheine als gering.

Da der Angeklagte vor der Geschädigten mit dem HI- Virus infiziert war ist es erwiesen, dass er sie angesteckt hat und nicht umgekehrt.

Das Gericht nimmt Bezug auf BGE 125 IV 245 ff, wonach die Infizierung mit AIDS eine schwere Körperverletzung darstellt sowie den Tatbestand von Art. 231 StGB erfüllt. Bezüglich der Idealkonkurrenz zwischen den beiden Delikten verweist das Gericht auf BGE 116 IV 133 f, BGE 125 IV 254. Bezüglich Art. 111 StGB wird auf BGE 125 IV 258 f verwiesen.

Der Angeklagte wusste um seine gefährliche Infektionskrankheit sowie um das Übertragungsrisiko beim ungeschützten Geschlechtsverkehr. Da der ungeschützte Geschlechtsverkehr regelmässig erfolgte und der Angeklagte von seinem Arzt ausdrücklich ermahnt wurde nur geschützt zu verkehren muss von Inkaufnahme der Ansteckung der Geschädigten ausgegangen werden; die Ansteckung drängte sich als wahrscheinlich auf. Das eventualvorsätzliche Verhalten wird bejaht.

Der Angeklagte wusste nicht, dass es sich bei seinem Virus um den HI- Virus handelt. In Anwendung von Art. 19 Abs. 1 und 2 StGB gelangt das Gericht zum Schluss, dass der Eventualvorsatz irrtümlicherweise bloss auf die Ansteckung einer gefährlichen Viruskrankheit gerichtet war (Art. 123 StGB) und nicht auf die Ansteckung mit dem HI- Virus (Art. 122 StGB).

Der Angeklagte hätte mit Fragen über seine Infektionskrankheit an den Arzt (zu dem er regelmässig in die Behandlung musste) mehr erfahren können und er hätte den dringenden Rat des Arztes nur noch geschützt zu verkehren beachten können. Da er dies nicht tat ist er der fahrlässigen schweren Körperverletzung schuldig zu sprechen.

Weiter ist der Angeklagte auch wegen Verbreitens menschlicher Krankheiten zu verurteilen.

Das Gericht berücksichtigt strafschärfend, dass der Täter mehrere Straftatbestände verwirklicht hat, die in echter Konkurrenz zueinander stehen.

Bezüglich der Genugtuung für die Geschädigte hält das Gericht fest, es sei leichtsinnig gewesen von ihr mit einem ihr nur kurz bekanntem Mann ungeschützten Geschlechtsverkehr zu vollziehen. Das Gericht verweist weiter auf die Aufklärungskampagnen zum Thema Safer Sex. Das Verhalten der Geschädigten stellt ein Risikoverhalten dar. Sie als ehemalige Prostituierte bzw. Tänzerin müsste ein Risikobewusstsein haben, gerade auch, weil sie sich bereits mehreren AIDS- Tests unterzogen hatte. Die Haftung des Angeklagten reduziert sich auf 50%. Der Angeklagte hat der Geschädigten eine Genugtuung in der Höhe von CHF 10'000 zu zahlen.

VIII. Anhang

1. Poster an der Thuner Tagung sozialwissenschaftliche HIV/Aids-Forschung, 4. – 5. 9. 2008

How criminal law handles with request of HIV prevention in Switzerland: Status quo, reflection, consequences

Kurt Pärli, Peter Moesch Payot, Daniel Goldberg

University of Applied Sciences Northern Switzerland, School of Social Work, Olten, Switzerland

Background / Objectives

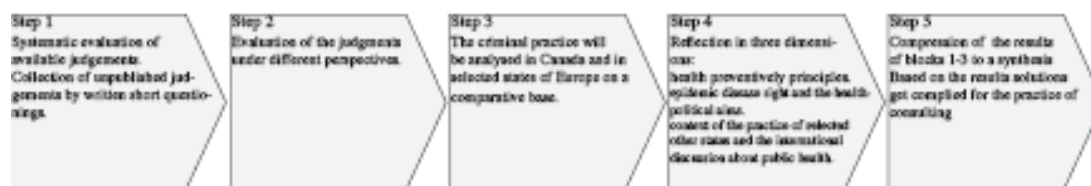
During the early 1990s there was a controversy about the question of whether and how infection with HIV and AIDS should be pursued by criminal law. HIV-Transmission is treated as personal injury and a crime against Public Health. The corresponding article 231 of Swiss Penal Code has been used

against cases of HIV transmission. Even if there is no evidence, that transmission was intentional, the Swiss penal code can be applied in any case where HIV is transmitted (successful or not) even in cases where both partners are fully aware of the situation and they are in a stable relationship

Methods

Criminological und dogmatic analysis of the judgements, particularly

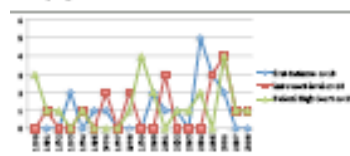
- about typologies of the judgements
- about the dogmatic subsumption of HIV
- about consideration of medical knowledge in the judgements
- about intentions and arguments on HIV



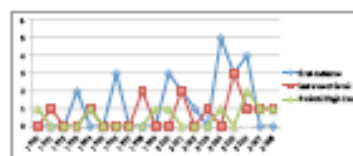
First results

We asked the Federal High Court, 26 cantonal last-resort-level courts and 90 first-instance courts about cases involving crimes of HIV-transmissions. The return rate was about 60 percent. Overall we identified 59 judgements, most of them where already known by the Swiss Aids-Foundation.

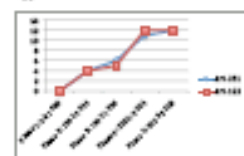
Filed judgements n=59: (all cases, this not clear)



Cases n=39 (number of cases, only criminal law related)



Application of art. 231/122 Penal Code



Initial Conclusions

HIV-infection is recognised as a grievous bodily harm (Art. 122 StGB) and as dangerous disease (Art. 231 StGB). The critique and the dogmatical arguments of the doctrine about the criminal law aspects of HIV are only selectively considered in the judgements. The very low risk of infection by a single act of sexual intercourse between a person, who is

HIV+ and one who is HIV- is seen and accepted, but not recognised in favour of the accused HIV+-person. The victim responsibility for risky behaviour is mostly not valorised in favour of the accused HIV+ -person, but in more recent judgements informed consent is admitted as a reason for justification of grievous bodily harm.

2. Ausgewählte Straf- und Verwaltungsrechtsbestimmungen der Vergleichsrechtsordnungen

2.1. Relevante Bestimmung im schwedischen Strafgesetzbuch⁴⁶²:

Art. 3, Section 9

A person who through gross carelessness exposes another to mortal danger or danger of severe bodily injury or serious illness, shall be sentenced for creating danger to another to a fine or imprisonment for at most two years.

2.2. Auszug aus dem schwedischen Gesetz zu übertragbaren Krankheiten⁴⁶³

Chapter 4 – behavioural rules

2 § The treating doctor shall decide about individually decided behavioural rules in the purpose of preventing further transmission from the person who carries the disease or are being suspected to carry one of the diseases that are a part of the Swedish Communicable Disease Act. The behavioural rules must only include the below mentioned rules:

1. restrictions applying to work, education or other activities
2. ban on donating blood and organs
3. ban on lending or by some other means permitting others to use used hypodermic needles
4. obligation to inform care providers and other personnel who carry out non-medical intervention about infection carrier status
5. obligation to inform sexual partners about infection carrier status
6. obligation to practice behaviours during sexual relations that reduce the risk of spreading infection
7. obligation to observe stricter hygiene procedures
8. obligation to visit the treating physician regularly

Chapter 5, Compulsory isolation

1 § The person who is carrying a disease that is included in the Swedish Communicable Disease Act may be compulsory isolated if

⁴⁶² Offizielle englische Übersetzung: <http://www.regeringen.se/sb/d/574/a/27777> (Zugriff: 20.2.2009).

⁴⁶³ Siehe zum Gesetz über Infektionskrankheiten (Smittskydslagen): schwedische Gesetzessammlung: <http://62.95.69.3/SFSDOC/04/040168.PDF> (Zugriff 9.1.2009), die englische Übersetzung wurde zur Verfügung gestellt von: Hiv-Sverige/HIV-Sweden, Andreas Berglöf.

1. it by the circumstances clearly is found that he or she not are ready to undergo the measures to prevent, or as far as possible minimize, the risk of transmitting the disease
2. there is founded reason to believe that the individual does not follow the behavioural rules

2 § The county administrative court decides about compulsory isolation according to § 1 after the county medical doctor has applied for this.

5 § Compulsory isolation according to 1 § may last for a maximum of 3 months. The county medical officer may apply for extension of the compulsory isolation if there are specific reasons for that. Such a decision can only last 6 months at a time. There is no maximum limit to how long such cumulative isolation may continue.

2.3. Die relevanten Normen des deutschen Strafgesetzbuches⁴⁶⁴:

§ 223 Körperverletzung

(1) Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 224 Gefährliche Körperverletzung

(1) Wer die Körperverletzung

1. durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen,
2. mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs,
3. mittels eines hinterlistigen Überfalls,
4. mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich oder
5. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

⁴⁶⁴ Siehe die amtliche Sammlung des deutschen Rechts: <http://bundesrecht.juris.de/stgb/index.html> (Zugriff: 20.2.2009)

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 228 Einwilligung

Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

§ 229 Fahrlässige Körperverletzung

Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung einer anderen Person verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

2.4. Die einschlägigen Normen des österreichischen Strafgesetzbuches⁴⁶⁵

§ 178 Vorsätzliche Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten

Wer eine Handlung begeht, die geeignet ist, die Gefahr der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit unter Menschen herbeizuführen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, wenn die Krankheit ihrer Art nach zu den wenn auch nur beschränkt anzeige- oder meldepflichtigen Krankheiten gehört.

§ 179. Fahrlässige Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten

Wer die im § 178 mit Strafe bedrohte Handlung fahrlässig begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

2.5. Das österreichische Aids-Gesetz⁴⁶⁶

AIDS-Gesetz 1993

(...)

Aids-G § 4 (1) Personen, bei denen eine Infektion mit einem HIV nachgewiesen wurde oder das Ergebnis einer Untersuchung gemäß Abs. 2 nicht eindeutig negativ ist, ist es verboten, gewerbsmäßig sexuelle Handlungen am eigenen Körper zu dulden oder solche Handlungen an anderen vorzunehmen.

(2) Neben den nach dem Geschlechtskrankheitengesetz, StGBI. Nr. 152/1945, und auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen vorgeschriebenen Untersuchungen haben sich Personen vor der Aufnahme einer Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 einer amtsärztlichen Untersuchung auf das Vorliegen einer HIV-Infektion zu unterziehen. Darüber hinaus haben sich Personen, die Tätigkeiten im Sinne des Abs. 1 ausüben, periodisch wiederkehrend, mindestens jedoch in Abständen von drei Monaten, einer amtsärztlichen Untersuchung auf das Vorliegen einer HIV-Infektion zu unterziehen.

(3) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat den im § 2 der Verordnung BGBl. Nr. 314/1974 vorge-

⁴⁶⁵ Siehe: http://www.sbg.ac.at/ssk/docs/stgb/stgb_index.htm (Zugriff: 20.2.2009).

⁴⁶⁶ Siehe: <http://www.austrianlaw.at/cms/fileadmin/gesetze/gesundheit/aids-gesetz-1993.pdf> (Zugriff: 20.2.2009).

sehenen Ausweis nicht auszustellen bzw. einzuziehen, wenn

1. eine HIV-Infektion vorliegt,
2. das Ergebnis einer Untersuchung im Sinne des Abs. 2 nicht eindeutig negativ ist, oder
3. die Vornahme einer Untersuchung im Sinne des Abs. 2 verweigert wird.

(4) Jeder Amtsarzt ist gegenüber Personen, die Tätigkeiten im Sinne des Abs. 1 ausüben, verpflichtet, sie anlässlich von Untersuchungen im Sinne des Abs. 2 über die Infektionsmöglichkeiten mit HIV, die Verhaltensregeln zur Vermeidung einer solchen Infektion sowie über das Verbot gemäß Abs. 1 zu belehren.

Aids-G § 5 (1) Wird anlässlich einer Untersuchung bei einer Person eine HIV-Infektion nachgewiesen, so ist der Arzt verpflichtet, dies der betreffenden Person im Rahmen einer eingehenden persönlichen

Aufklärung und Beratung mitzuteilen.

(2) Jeder Arzt, der einer Person mitteilt, daß sie mit einem HIV infiziert ist, hat sie ferner über die

Infektionsmöglichkeiten sowie über die Verhaltensregeln zur Vermeidung einer solchen Infektion zu belehren.

Aids-G § 9 (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit Geldstrafe bis zu 7 260 Euro zu bestrafen, wer

1. entgegen § 4 Abs. 1 gewerbsmäßig sexuelle Handlungen am eigenen Körper duldet oder solche Handlungen an anderen vornimmt;
2. gewerbsmäßig sexuelle Handlungen am eigenen Körper duldet oder solche Handlungen an anderen vornimmt, ohne sich vor der Aufnahme dieser Tätigkeit oder regelmäßig wiederkehrend einer amtsärztlichen Untersuchung gemäß § 4 Abs. 2 zu unterziehen.

(2) Wer eine der im Abs. 1 bezeichneten Verwaltungsübertretungen begeht, nachdem er innerhalb der letzten drei Jahre schon zweimal nach Abs. 1 bestraft worden ist, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen oder mit Geldstrafe bis zu 7 260 Euro zu bestrafen.

(3) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist hierfür mit Geldstrafe bis zu 2 180 Euro zu bestrafen, wer die im § 2 Abs. 1 vorgesehene Meldung nicht oder nicht rechtzeitig (§ 3 Abs. 1) erstattet.

3. Ausgewählte Auszüge aus Strafurteilen aus den Vergleichsrechtsordnungen

3.1. Das Urteil des obersten schwedischen Gerichtshofe von 2004

Englische Zusammenfassung, zur Verfügung gestellt Hiv-Sverige/HIV-Sweden, Andreas Berglöf

SH (the prosecuted) has requested the Supreme Court to discharge him from responsibility and set aside his obligation to pay damages to the injured parties. In the event that he is found responsible, he has requested that the length of imprisonment and size of damages be reduced. The Chief State Prosecutor and injured parties have contested any adjustment. The Chief State Prosecutor has ad-

justed the indictment before the Supreme Court in such a way that he has on the one hand replaced the last paragraph in the account of the criminal act with the following: “The danger in executing the crime was present or was only not present in each case due to chance circumstances. The crime is serious since the acts were mortally dangerous and could have inflicted the injured parties with serious illness as well as the fact that SH showed particular ruthlessness.” and on the other hand has alternatively pleaded for responsibility for creating danger to another as laid out in Chap. 3 § 9 of the Penal Code as follows: “Alternatively, SH has, through having grossly negligent, unprotected sexual intercourse, exposed the injured parties to mortal danger or danger of serious illness.

Findings of the court

The matter of the case

SH, who is HIV-infected, did from 1999 to May 2003 on about 200 occasions have unprotected oral and anal intercourse with ten different persons. The matter of the case is whether he, through so doing, exposed these persons to the risk of becoming infected with the HIV virus in such a way that each of the acts of intercourse are to be judged as attempted assault or creating danger to another.

The pleaded criminal provisions

Chap. 3 § 5 of the Penal Code, Chap. 23 § 1 of the Penal Code, Chap. 3 § 9 of the Penal Code

Objective conditions for the crime

A certain risk of infection has been established. The question is then whether this risk, based on purely objective grounds, was of a kind that there was cause to regard this as a reason to refrain from having unprotected sexual intercourse.

Against the given background, it cannot be considered that there now exists sufficient reason to make any other judgment than the judgment already made in case law that intercourse which conflicts with the general governing rules regarding the use of condoms is considered an unacceptable taking of risk.

Subjective covering of danger to another

The fact that SH may have hoped that he was not infectious does not mean that he did not realise the risk of passing on the infection. SH therefore (in the opinion of the SC) knew when he had sexual intercourse that this involved a risk of passing on the infection. (SH has contested responsibility on the ground that he had such low levels of the virus that there existed no concrete danger of passing on the infection.) To the extent that there exist no conditions for ruling for attempted assault, SH must therefore, with reservation for the result of consensual discharge from responsibility, be convicted of creating danger to another.

Knowing intent and the lower limit of intent

In terms of effect, textbooks generally put forward 'direct and indirect intent' as the unproblematic basic forms. However it is obvious that the requirement for intent formulated in this way only provides limited guidelines to judging intent in individual cases. The question is then to what extent can more detailed guidelines be obtained from discussions on the lower limit of intent and practice concerning this matter.

In Sweden, three versions of the lower limit of intent have primarily been the subject of debate. These are hypothetically possible intent, probable intent and indifferent intent.

In summary, the predominant reasons suggest that the lower limit of intent should be understood as now said. Besides knowledge of the risk, what is decisive is therefore the offender's attitude at the time of the act. Only if it is clear that he had a positive or in each case indifferent attitude to the realisation of the result or to the existence of the conditions for the act, must the act be considered as intentional.

The judgment of intent in the case

It has therefore not been shown in the case that SH in any of the acts of sexual intercourse acted with intent to pass the HIV infection to his partner.

Sanction

SH shall therefore be convicted of creating danger to another with respect to the indicted acts against injured parties 1-9. The acts concern a large number of acts of sexual intercourse with a number of different partners. He not only concealed the infection but in several cases even denied it.

HIV infection is still a serious illness. At the expert hearing and from the report from the National Board of Health and Welfare, it was shown that it is a lifelong disease, that the long-term effect of medication cannot be predicted and that resistance to medicines can develop, through which the disease can lead to AIDS, which is still a fatal illness.

Creating damage to another carries a punishment of a fine or imprisonment for a maximum of two years. Even though, as stated, the risk of infection on a single occasion is low, the crimes of which SH is guilty must be considered serious. In view of this, the sanction shall be set as.

3.2. Das Urteil des Obersten Niederländischen Gerichtshofes vom 18. Januar 2005⁴⁶⁷

JUDGMENT: 18 January 2005 Criminal Section no. 02659/03 IV/SB Supreme Court of the Netherlands

⁴⁶⁷ Quelle: www.gnpplus.net/criminalisation/images/stories/judgment_-_supreme_court_of_the_netherlands_-_aa_2005_01_18_2nd.doc (Zugriff: 20.2.2009).

Ruling on the appeal in cassation against a ruling by the Arnhem Court of Appeal of 30 June 2003, number 21/001435-03, in the criminal proceedings against: AA [accused], born in [place of birth] on [date of birth] 1951, residing in [place of residence].

1. The contested judgment

After remission of the appeal by a Supreme Court ruling of 25 March 2003 – whereby a verdict of the Court of Leeuwarden of 1 March 2001 was set aside – the Court of Appeal set the punishment in respect of counts 1 (principal charge) and 2 (alternative charge) at two years and six months, and furthermore, acquitting the accused of count 3 (principal charge) of the indictment set forth in the introductory summons, sentenced the accused to two years and three months' imprisonment in respect of count 3 (alternative charge), "attempted gross maltreatment", with decisions regarding the claim of the injured party as set forth in the ruling.

2. Proceedings in cassation

The appeal was brought by the accused. On his behalf J. Boksem, a lawyer practising in Leeuwarden, filed a document proposing a ground for cassation. This document is attached to this ruling and forms part of it.

The Advocate General Vellinga concluded that the appeal should be dismissed.

3. Assessment of the ground for cassation

3.1 In the ground for cassation it is argued that the intent found proven cannot be deduced from the evidence put forward. The first complaint of the ground concerns the "substantial possibility" that is required for conditional intent. The second complaint concerns the "acceptance" of that possibility.

3.2.1 Regarding count 3 of the indictment, the Court of Appeal found it proved that:

"he, during the period from 1 January 1990 up to and including 2 November 2000 in Leeuwarden, in the municipality of Leeuwarden, for the purpose of committing the criminal offence intended by the accused to wilfully inflict serious bodily harm [to the victim], wilfully, while the accused knew that he was infected with the HIV virus, put his penis into the mouth of the aforementioned [victim], at any rate had his penis taken into the mouth of the aforementioned [victim] and had the aforementioned suck his penis and had the aforementioned [victim] put or push his penis in his, the accused person's, anus while the commission of that intended criminal offence has not been completed".

3.2.2. Where relevant to the assessment of the ground for cassation, this judicial finding of fact is based on the following evidence:

1. a police report, to the extent that it is a statement of the [victim]:

“When I was about fifteen or sixteen years of age, I was with [the concerned party 1] in a house with Venetian blinds. In that house, [the concerned party 1] helped me taking off my clothes. The man that lived there had also taken off his clothes. I sat beside that man and started to blow him. That man liked to be fucked. That man then sat on his knees on the couch with his ass towards me. I stood behind him and put my hard penis in his ass. When my penis was inside his ass, I made fucking moves. I did not use a condom during this ass fucking.”

2. a police report, to the extent that it is a statement given by the accused:

“I know [the concerned party] via a sex line in which I took part.

In September or October 1999, I was called by [concerned party 1]. He wanted to see me and he said he would bring a boy with him. Three quarters to an hour later, [concerned party 1] came to my house at [a-street] in Leeuwarden. I had closed my Venetian blinds. [The victim] and I sucked each other off. In May 1999, I knew I was infected with HIV. You ask me how I got infected. At one time, I had unsafe sex with a woman on Ameland, who later on appeared to have Aids. I fully realise that if I let someone blow me without wearing a condom, I may infect another person with this disease. I also know that I can infect someone through pre-ejaculate fluid. I have not told anyone about this disease.

After [concerned party 1] left with [the victim], I never saw [the victim] again.”

3. a police report, drawn up by the investigating officer M. Geertsma-Spoelstra, to the extent that it is an account by the reporting officer:

“The accused refused to give any further answer to the question why he did not wear a condom with the boys mentioned by him [concerned party 3] and [the victim].”

4. a police report, to the extent that it is a statement by [concerned party 1]:

“I was with [the victim] from [place of residence] at the [the accused person’s] place in Leeuwarden. I was with [the victim] in [the accused person’s] house. The sexual acts performed in the house of [the accused] consisted of [accused] and [the victim] sucking each other off. [The victim] fucked the [accused]”.

5. the following part of the statement by the expert professor S.A. Danner at the hearing in the appellate proceedings of 16 June 2003:

“There is certainly a possibility of [the victim] having been infected by the HIV virus as a result of the acts referred to. In the case of genital-anal contacts, the chance of being infected is greater than in the case of genital-vaginal intercourse. The anus is not constructed for sexual intercourse, meaning that genital-anal intercourse causes micro-traumas (small lesions) which bleed. Blood contains a large quantity of HIV particles. This increases the possibility of infection in the case of genital-anal contacts. The chance of infection is 1 in 200 or 1 in 300 for each sexual act. Persons aged 15 to 6 have a normal immune system.

The chance of infection is one and a half to two times greater in the event that the person infected with HIV anally penetrates another person than vice-versa. In other words, the chance of infection is 1 in 500 in the latter case.

In the medical world a 1-in-200 or 1-in-300 chance of infection is considered large. Oral sex entails a certain risk of infection. The chance of infection is substantially less than with genital-anal intercourse, unless there are lesions in the mouth. The chance of being infected through oral sex is 10 to 20 times less. The chance of infection through oral sexual contact is certainly not nil.”

6. the following part of the accused person’s statement at the hearing of the Leeuwarden Court of Appeal held on 26 July 2001:

“In 1999 I heard that I was infected with the HIV virus. I now take so-called HIV inhibitors. I was infected through a one-off sexual contact. Since I have known about my HIV infection I have always used a condom during sexual intercourse (which the Court of Appeal understands in conjunction with the following sentence, i.e. generally). Since I was infected I have certainly had protected sexual intercourse as well.”

3.2.3 The Court of Appeal furthermore considered the following:

“The Court of Appeal considers that infection with the HIV virus in itself constitutes grievous bodily harm as it allows no prospect of a full cure while lifelong medication is required, with various side effects.

Based on the statement of the witness [concerned party 1] and the statement of the person making the report [the victim], the Court of Appeal considers it proved that between the latter and the accused oral sex took place as well as anal sexual intercourse, whereby only the person who made the report was the inserting (active) partner. Based on the statements of the person who made the report and the accused, the Court of Appeal considers it proved that the sexual acts described above took place during a one-off encounter in the accused person’s house in the autumn of 1999. The Court of Appeal also considers it sufficiently established that during the aforementioned sexual acts neither the accused nor the person making the report used a condom. Regarding the question whether a (conditional) intent existed to inflict grievous bodily harm, the Court of Appeal considers the following:

The case law of the Supreme Court regarding this element demonstrates that an intent exists if the accused knowingly and wilfully aims at inflicting, in this case, grievous bodily harm.

The question now remains whether a conditional intent existed.

The court of appeal takes the view that the accused knowingly and wilfully exposed himself to the substantial possibility that [the victim] would suffer grievous bodily harm and an irreversible HIV infection through the acts found proved. The accused consciously accepted the substantial possibility of this and was prepared to put up with it, whereby the Court of Appeal comments that the substantial possibility is determined purely and solely in statistical terms. The fact is that the accused was himself

infected through a one-off contact and knew from about May 1999 with absolute certainty that he was infected with HIV. Nevertheless, he said nothing at all about this to the person who made the report, who was at the time relatively young.

From the accused person's statement, however, it has also been established that he has had protected sexual intercourse since his infection; no extenuating circumstances have been shown to exist in the case in question as a result of which the accused did not discuss the use of condoms beforehand. This is all the more cogent in view of the fact that the accused was in a situation vis-à-vis the person making the report which, given the age difference and the surroundings, could, even without any mention of his infection but with a mere statement about the desirability of the use of condoms and their actual use, have resulted in the protection of the person making the report. Totally indifferent in this regard, the accused allowed the person making the report to satisfy his sexual desires, knowing that he should have demonstrated an increased level of alertness with regard to the great risks that according to general empirical rules are entailed in such forms of sexual contact."

3.2.4. The Court of Appeal has established that the accused knew he was infected with the HIV virus and that he could infect another person through unprotected sexual contact^{3.3} It must be stated first and foremost that conditional intent with a certain result – such as grievous bodily harm in this case – exists if the accused has knowingly and wilfully exposed himself to the substantial possibility that such a result would occur. The answer to the question whether the act creates the substantial possibility of a certain result is dependant on the circumstances of the case, whereby meaning attaches to the nature of the act and the circumstances under which it is performed.

3.4 The first complaint of the ground for cassation poses the question whether it can be deduced from the evidence put forward that the acts found proved – having sexual contact with the victim in the manner described in the judicial finding of fact – created a substantial possibility of grievous bodily harm being inflicted on the victim. The Court of Appeal answered the question in the affirmative.

3.5 The Court of Appeal's opinion on this, however, is insufficiently substantiated. Although it is possible to deduce from the evidence put forward that the accused created the risk through the acts found proved that the victim would be infected with the HIV virus, the existence of a substantial possibility of such infection cannot follow either from the evidence or from the Court of Appeal's other considerations regarding the evidence.

3.6 That fact that a person infected with the HIV virus who has unprotected sexual contact poses a danger does not in itself mean that the sexual acts in question create the kind of possibility of infection with the HIV virus – and thus causing grievous bodily harm – that can be considered substantial in answering the question whether a conditional intent existed according to general empirical rules.

It could be a different matter under unusual circumstances involving increased risk; however, the Court of Appeal has determined nothing in this regard, either in the evidence or in its other considerations regarding the evidence. The proposed ground for cassation is thus correct insofar as it is dealt with above.

3.7 In this regard the Supreme Court makes the following comment: the question whether, and if so to what extent, the granting of protection under criminal law is indicated – such as through the creation of an abstract endangerment offence – in connection with the danger that arises from a person who is infected with the HIV virus and has unprotected sexual contacts, is a task for the legislator to evaluate. In answering this question all relevant factors must be weighed up, including the general interests of public health.

4. Official assessment of the contested judgment

4.1 In its ruling referred to under 1 above, the Supreme Court has set aside the judgment of the Leeuwarden Court of Appeal, to the extent that it was subject to the Court's assessment, setting it aside exclusively, however, with regard to the decisions handed down in connection with count 3 and the sentence passed, and remitted the case to the Arnhem Court of Appeal in order for it to adjudicate and resolve the existing appeal.

4.2 The Arnhem Court of Appeal has resolved the case in the manner indicated under 1 above. 4.3 The court to which the Supreme Court remitted the case after setting aside a judgment is bound to the decision handed down by the Supreme Court (cf. HR 27 February 1996, NJ 1996, 478). This means that in accordance with the Supreme Court's aforementioned decision the Court of Appeal was required to conduct a renewed investigation into count 3 of the indictment and furthermore should have passed sentence for counts 1 (principal charge) and 2 (principal charge) and perhaps – based on the result of the investigation meant above – count 3.

5. Conclusion

The considerations above mean that the contested judgment cannot be upheld, the ground for cassation requires no further discussion, and that it must be decided as follows.

6. Decision of the Supreme Court: the contested judgment is set aside

The Supreme Court remits the case to the 's-Hertogenbosch Court of Appeal in order that the existing case on appeal be re-adjudicated and resolved, with due regard to the operative part of the ruling of the Supreme Court of 25 March 2003.

This ruling was delivered by Vice President F.H. Koster, acting as President, and Justices G.J.M. Corstens, A.J.A. van Dorst, W.A.M. van Schendel and J. de Hullu, in the presence of the Supreme Court Registrar, S.P. Bakker, and pronounced on 18 January 2005.

3.3. Auszug aus dem Urteil des Court Queens, Manitoba, Juli 2008⁴⁶⁸

(...)

⁴⁶⁸ Court of Queens Bench Manitoba, R. v. Mabior, 2008 MBQB 201 (CanLII), Quelle: <http://www.canlii.org/en/mb/mbqb/doc/2008/2008mbqb201/2008mbqb201.html> (Zugriff 22.1.2009).

[65] There was some discussion of the accused's "viral loads" and CD4 counts contained in the notes. Once on medication, there exists a positive potential that the viral load will be reduced and the CD4s raised in an individual. Ms McDonald testified that even if the viral loads were down, the public health nurses still counselled clients to take all of the prescribed precautions. Further, she testified that research had indicated that even if the viral load was decreased, the risk was not necessarily also decreased. Ms McDonald also commented on a 2007 study which had indicated that condom use resulted in an 80% risk reduction of the transmission of HIV.

(...)

[72] As earlier indicated, Dr. Smith testified during the course of the trial and provided a medical report which included a discussion of HIV/AIDS, as well as a review of the accused's medical and public health records. He at no time treated the accused. Dr. Smith's qualifications as an expert in HIV/AIDS were accepted by the Court. Dr. Smith's testimony is summarized as follows:

- The optimal benefit of condom use is clear with respect to the prevention of transmission of HIV;
- Condom failures often are a result of human error, particularly with respect to the correct application of the protection. Further, the use of drugs or alcohol could serve to impair the ability to follow correct condom application procedures;
- The success rate with respect to condoms, even if properly used, is 80%;
- Condoms must be used at all times by those infected with HIV to minimize the risk and should be put on before any contact transpires;
- A 2008 statement on HIV has recently been authored by the Swiss Federal Commission for HIV/AIDS. The statement was described as the first consensus statement to say that "an HIV-infected person on antiretroviral therapy with a completely suppressed viremia is not sexually infectious, i.e. cannot transmit HIV through sexual contact." The statement goes on to say that this position is valid only as long as the following criteria are satisfied:
 - "The person adheres to antiretroviral therapy, the effects of which must be monitored regularly by the treating physician, and the viral load has been suppressed for at least six months, and
 - There are no other sexually transmitted diseases." (Dr. Smith's

The Swiss Commission has also stipulated that the position outlined was applicable only to those couples who were in a stable relationship. As well, if all of the criteria were satisfied, unprotected sex should only be undertaken if that was the choice of an informed and uninfected partner; The Swiss statement has proven to be controversial and, indeed, contrary to positions outlined by the World Health Organization ("WHO") and the Centres for Disease Control ("CDC"). Those bodies, and others, do not endorse the Swiss statement, even for those involved in stable relationships who have met the stipulated criteria. This contrary position is based upon the fact that HIV-positive individuals "... cannot

be entirely certain that they meet these criteria or that the criteria themselves are an indication of safety. The San Francisco AIDS Foundation and Department of Public Health advise everyone to continue to use appropriate, evidencebased measures to prevent sexual HIV transmission.” (SFAF/SFDPH Statement – Exhibit 9);

- The WHO/UNAIDS has continued to emphasize the importance of effective and proven HIV transmission prevention methods. The WHO/UNAIDS statement opined:

People living with HIV who are following an effective antiretroviral therapy regime can achieve undetectable viral loads (the amount of virus in a body fluid such as blood, semen or vaginal secretions) at certain stages of their treatment. Research suggests that when the viral load is undetectable in blood the risk of HIV transmission is significantly reduced. However, it has not been proven to completely eliminate the risk of transmitting the virus. More research is needed to determine the degree to which the viral load in blood predicts the risk of HIV transmission and to determine the association between the viral load in blood and the viral load in semen and vaginal secretions. Research also needs to consider other related factors that contribute to HIV transmission including comorbidity with other sexually transmitted diseases. (Exhibit 8);

- A further article authored by Reg Domingo emphasized that it was difficult to know one’s viral load at any particular time, particularly as it is influenced by such areas as infections, treatment, STDs and other relevant factors (Exhibit 6);

- The CDC stated in response to the Swiss statement that: The Commission acknowledges that there are no scientific data that the risk of transmission in these circumstances is zero. The Centres for Disease Control and Prevention (CDC) underscores its recommendation that people living with HIV who are sexually active use condoms consistently and correctly with all sex partners. (Exhibit 7);

- Dr. Smith opined that it was highly advisable to unfailingly use condoms, even if an undetectable viral load was in existence;

- The controversy centred on the impact of the Swiss statement was not meant to address those HIV-infected individuals who were involved in casual sexual relationships;

- In reviewing the accused’s medical records, Dr. Smith noted that he had tested positive for gonorrhoea on December 19, 2003. It was at that time that the HIV test was requisitioned;

- He was again treated for gonorrhoea on February 13, 2004;

- The accused was named as a Chlamydia contact on October 22, 2004;

- These instances of STDs were, in Dr. Smith’s opinion, evidence of improper condom use by the accused;

- The accused’s viral load in February, 2004 was stated as “These remarkably low viral load levels

would be consistent with probably low but possible infectivity.” (p. 11);

- From October 6, 2004 to December 28, 2005, the accused’s HIV viral load was below the level of detection. In Dr. Smith’s opinion, there was “... a very high probability that the accused was not infectious, i.e. could not have transmitted HIV throughout this period (October 6, 2004 to December 28, 2005).” (p. 11);

- It is medically routine to advise a patient whether their viral load is detectable, as well as the level of their CD4 count. This issue was not, however, specifically discussed in the accused’s charts, albeit there was documentation which would suggest that the accused was aware that his viral load was controlled;

- The accused would have had no reason to believe that he could not transmit HIV at the time of the alleged offences. His medical situation or the understanding of his condition was not impacted by the Swiss statement which was issued approximately two to four years after these incidents transpired. Consequently, the applicable standard of care, as promoted by the public health unit, was to ensure that patients were aware that an undetectable viral load did not mean that they were not infectious and could refrain from using protection;

- This accused should in any event have continued to utilize protection as he did not meet the Swiss study criteria. He was a person with multiple partners, who engaged in casual sex. Further, the evidence was that he had not disclosed his HIV status to his sexual partners so as to facilitate possible informed consent by them. There was no indication of an informed consent by his sexual partners on the medical charts. He also did not always wear a condom as evidenced by the existence of multiple STD infections;

- There are other instances demonstrated in the clinical charts where the accused was shown to have failed to utilize condoms, failed to take medication, as well as the documentation related to the existence of STDs;

(...)

145] D.H. had a primarily “protected” sexual relationship with the accused commencing before Christmas, 2005. The viral load of the accused at that point would have been undetectable. However, on one occasion during their contact, the condom was either removed or had broken. D.H. was aware of the discharge of semen. I found D.H. to be a credible and forthcoming witness.

[146] I am satisfied, based upon the evidence, that for the most part there would not have been a significant risk of serious bodily harm accorded to D.H. during her sexual relationship with the accused. This conclusion is based upon the fact that there was ordinarily condom use accompanied by the undetectable viral load of the accused.

[147] However, I am persuaded that on one occasion the condom was removed which resulted in unprotected ejaculation. While I am prepared to find that the combination of condom use and a sup-

pressed viral load are sufficient to eliminate a finding of significant risk of serious bodily harm, I am not so satisfied where there is an instance of unprotected sexual intercourse. In those circumstances, there remains a significant risk of serious bodily harm which is not in any way circumvented by a barrier.

[148] Accordingly, I am persuaded that the accused is guilty of aggravated sexual assault with respect to D.H.

3.4. Auszug aus dem Urteil Nürtingen vom 10.3.2008⁴⁶⁹

Die Frage, ob der ungeschützte Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten objektiv den Versuch einer gefährlichen Körperverletzung verwirklichen kann, oder ob es sich "nur" um den Versuch einer Körperverletzung (§ 223 StGB) handelt, kann vorliegend dahinstehen. Zwar ist nicht davon auszugehen, dass die Übertragung von HIV-Viren als Giftbeibringung nach § 224 Abs.1 Nr. 1 StGB angesehen werden kann. Allerdings ist eine nicht behandelte HIV-Infizierung, die letztlich zur AIDS-Erkrankung führt, weiterhin als tödliche Krankheit anzusehen, sodass eine Infektion mit HIV -objektiv -als eine das Leben gefährdende Behandlung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB angesehen werden kann (BGH NJW 1989,114,115).

Soweit der (tatsächlich nicht infizierte) Partner des Geschlechtsverkehrs durch die Angst, infiziert worden zu sein, schon dadurch an seiner Gesundheit (auch in psychischer Hinsicht) geschädigt wird, kann dies -objektiv -eine Gesundheitsbeschädigung nach § 223 StGB darstellen (vgl. Amtsgericht Hamburg NJW 1989, 2071). Dass Frau X. eine solche Gesundheitsbeeinträchtigung erlitten hat, hat die Hauptverhandlung nicht ergeben.

Soweit eine Person, die HIV positiv ist, eine Viruslast von Null hat, ist sie nach medizinischen Gesichtspunkten und menschlichem Ermessen nicht ansteckend. Diese Person kann sonach tatsächlich den HI-Virus nicht übertragen. Ein von dieser Person ausgeübter ungeschützter Geschlechtsverkehr ist daher grundsätzlich -in objektiver Hinsicht -nur als untauglicher Versuch zu werten. So lag der Fall hier. Der Angeklagte war, was durch die Angaben des Sachverständigen und des behandelnden Arztes feststeht, nicht in der Lage, HI-Viren auf Frau zu übertragen. Anhaltspunkte, dass er dies dennoch (in Verkennung seiner "Untauglichkeit") vor hatte, bestanden nicht. Auch kann dem Angeklagten auch insoweit bedingter Vorsatz nicht nachgewiesen werden. Abgesehen von der Frage, was bei bedingtem Vorsatz unter einer "Billigung" des Erfolgseintrittes zu werten ist (vgl. Diskussion bei Morkel NStZ 1981, 177 ff.), muss ein Täter alle relevanten Tatbestandsmerkmale kennen. Soweit dies der Fall ist und nicht zu sehen ist, weshalb ein Täter auf den Nichteintritt des Erfolges vertrauen können sollte, kann von einer Billigung des Erfolgseintrittes gesprochen werden (vgl. BGH NStZ 1989, 114, 116). Unzulässig ist aber, ohne weiteres aus dem Wissen eines Täters um seine HIV-Infektion und darum, dass ungeschützter Sexualverkehr generell zu einer HIV-Übertragung geeignet sein kann, auf die billigende Hinnahme einer Infizierung des Partners zu schließen (BGH NStZ 1989,

⁴⁶⁹ AG Nürtingen, 13 Ls 26 (HG) 97756/07, Quelle: <http://typo3.lsvd.de/142.98.html> (Zugriff: 20.2.2009).

114, 116). Wenn -wie hier -die Gefahr sich objektiv nicht verwirklichen kann, da beispielsweise eine Viruslast nicht besteht, kann aus der Tatsache, dass der Täter ungeschützt Geschlechtsverkehr ausübt und um seine HIV-Infektion weiß, nicht von bedingtem Vorsatz hinsichtlich einer Ansteckung ausgegangen werden. Vielmehr kann in solchen Fällen ein Täter -wie der Angeklagte in vorliegender Sache -sogar begründet davon ausgehen bzw. hoffen, es werde nicht "schon nichts", sondern "sicher nichts" passieren. Dies lässt einen Vorsatz entfallen.