ZH_OBERGERICHT SE030004 vom 23. Juni 2003

ZH Obergericht, 2003-06-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SE030004

FR: ZH_OBERGERICHT SE030004 du 23 juin 2003

IT: ZH_OBERGERICHT SE030004 del 23 giugno 2003

Erwägungen

E. 1

Gemäss den vorstehenden Ausführungen ist beweismässig erstellt, dass der Angeklagte in der Überzeugung, HIV-positiv zu sein, ungeschützten Ge- schlechtsverkehr mit der Geschädigten hatte. Dem Angeklagten war dabei bewusst, dass das HI-Virus durch ungeschützten Geschlechtsverkehr auf andere Menschen übertragen werden kann und die Immunschwäche AIDS unheilbar ist und tödlich verlaufen kann. Durch die Untersuchung geklärt wurde auch, dass in Tat und Wahrheit weder der Angeklagte noch die Ge- schädigte Träger des HI-Virus waren.

E. 2

Die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung qualifizieren die vorerwähnten Verhaltensweise des Angeklagten als versuchte schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 StGB und als versuchtes Verbreiten menschlicher Krankheiten im Sinne von Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 StGB (Urk. 22 S. 2 und Urk. 25 S. 1).

E. 3

Im Folgenden ist das vorerwähnte Beweisergebnis sowohl hinsichtlich der verschiedenen Varianten des Tatbestands des Verbreitens menschlicher Krankheiten (Art. 231 StGB) als auch mit Blick auf die Abgrenzungsmöglich- keiten innerhalb der Körperverletzungen (Art. 122 und 123 StGB) zu prüfen. a) Vorauszuschicken ist, dass zu allen in Frage stehenden Tatbeständen die Theorie des erlaubten Risikos auf ungeschützten Geschlechtsver- kehr eines um seine HIV-Infektion Wissenden nicht anwendbar ist, da es sich dabei nicht um eine sozialadäquate Verhaltensweise handelt

- 3 - (vgl. Huber, Ausgewählte Fragen zur Strafbarkeit der HIV-Übertragung, ZStrR 115 [1997] 113 ff., 116 f. m.w.H.; vgl. auch Beglinger in BSK StGB II, Basel 2003, N 31 zu Art. 231 StGB). b) Wer vorsätzlich eine gefährliche übertragbare menschliche Krankheit verbreitet, wird mit Gefängnis von einem Monat bis zu fünf Jahren be- straft (Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Hat der Täter aus gemeiner Gesin- nung gehandelt, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren (Art. 231 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Handelt der Täter fahrlässig, so wird er mit Ge- fängnis oder Busse bestraft (Art. 231 Ziff. 2 StGB). c) Im Folgenden ist zunächst auf das Vorsatzdelikt einzugehen. Der ob- jektive Tatbestand besteht darin, dass jemand eine gefährliche über- tragbare menschliche Krankheit verbreitet. Als übertragbare menschli- che Krankheit gilt eine solche, die durch Erreger verursacht wird und unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden kann (vgl. Rehberg, Strafrecht IV, 2. Aufl., Zürich 1996, S. 62 f.; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, N 1 zu Art. 231 StGB, je m.w.H.). Die Krankheit ist dann gefähr- lich im Sinne des Gesetzes, wenn sie die Gefahr von Tod oder schwe- rer

Gesundheitsschädigung eröffnet, ohne dass die bestehenden Be- handlungsmöglichkeiten ins Gewicht fallen (Rehberg, Strafrecht IV, S. 63). Hinsichtlich der Tathandlung des Verbreitens genügt die Über- tragung der Krankheitserreger auf mindestens eine Person, da diese ihrerseits andere Menschen infizieren kann (vgl. Beglinger, a.a.O., N 2 zu Art. 231 StGB und insbesondere BGE 125 IV 242 E. 2bb). Nicht er- forderlich ist dagegen, dass die Krankheit bei der angesteckten Person bereits ausgebrochen ist (Rehberg, Strafrecht IV, S. 63; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 4. Aufl., Bern 1995, § 31 N 5; Trech- sel, a.a.O., N 2 zu Art. 231 StGB). aa) Gemäss der einlässlich begründeten bundesgerichtlichen Rechtspre- chung kommt der HIV-Seropositivität Krankheitscharakter im Sinne von Art. 231 StGB zu (vgl. BGE 125 IV 245 ff.; BGE 116 IV 125 ff. = Pra 80

- 4 - [1991] Nr. 105 S. 509 ff., 515; vgl. auch BGE 116 V 239 ff. zum Sozial- versicherungsrecht). Es besteht keinen Anlass von dieser durch Ent- scheide kantonaler Gerichte (vgl. z.B. RB OGTG 1993 Nr. 11 S. 91 ff.; AGVE 1994 Nr. 39 S. 118 ff.; plädoyer 5/1994 S. 51 ff.; RFJ/FZR 1997 S. 103 ff.; BJM 1998 S. 39 ff.) gefestigten Rechtsprechung abzuwei- chen, zumal diese Subsumtion auch im Schrifttum weitestgehende Zu- stimmung findet (vgl. z.B. Guillod, Lutte contre le sida: quel rôle pour le droit pénal?, ZStrR 115 [1997] S. 130 ff., 141; Kunz, AIDS und Straf- recht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht, ZStrR 107 [1990] S. 39 ff., 45 f.; Rehberg, Strafrecht IV, S. 63; Stra- tenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 5. AufI., Bern 1995, § 3 N 8). Eine Infektion mit HIV verläuft auch nach aktuellen Erkenntnissen in der Regel nach wie vor tödlich, weshalb ihre Gefährlichkeit nicht strittig ist (vgl. Beglinger, a.a.O., N 21 zu Art. 231 StGB; vgl. dazu auch den Bericht des Universitätsspitals Zürich vom 14. August 2002 = Urk. 6/7 Ziffer 6 lit. b). bb) Wäre der Angeklagte tatsächlich HIV-positiv gewesen, hätte er folglich mit dem ungeschützten Geschlechtsverkehr mit der Geschädigten den objektiven Tatbestand von Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erfüllt. cc) Der subjektive Tatbestand von Art. 231 Ziff. 1 StGB setzt vorsätzliches Handeln voraus, wobei eventualvorsätzliche Tatbegehung genügt (vgl. z.B. Rehberg, Strafrecht IV, S. 63 f.; Stratenwerth, BT II, § 31 N 6; Trechsel, a.a.O., N 3 zu Art. 231 StGB). Nach Art. 18 Abs. 2 StGB handelt vorsätzlich beziehungsweise mit di- rektem Vorsatz, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Direkter Vorsatz liegt vor, wenn sich der Täter aller objektiven Merkmale der strafbaren Handlung, des tatbestandsmässigen Erfolges sowie des zu ihm führenden Kausalverlaufs bewusst ist und sich sein Wille aus- drücklich auf das strafbare Verhalten und die Verwirklichung des tatbe- standsmässigen Erfolges richtet, wobei der deliktische Erfolg als not- wendige Folge oder als Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks

- 5 - auch bloss mitgewollt sein kann. Geringfügige Abweichungen des tat- sächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf heben den Vorsatz nicht auf. Dass die Tat lange zum voraus geplant und überlegt wurde, ist nicht erforderlich. Es ist nicht einmal nötig, dass der Täter über sein Verhalten nachdachte (Trechsel, a.a.O., N 3 ff. zu Art. 18 StGB, m.w.H.; BGE 119 IV 193 f.). Eventualvorsatz ist gegeben, wenn der Täter bei seinem andere Zwecke verfolgenden Handeln die Herbeiführung des tatbestandsmässigen Erfolges bloss für ernsthaft möglich hält, diesen aber für den Fall seines Eintrittes in Kauf nimmt. Weil der Täter aber trotz des Wissens um die Möglichkeit des Erfolgseintritts handelt und sich damit abfindet oder ihn in Kauf nimmt, "will" er den Erfolg für den Fall seines Eintritts im Sinne von Art. 18 Abs. 2 StGB. Keine Rolle spielt dabei, inwieweit er den Eintritt des Erfolgs billigend oder als unerwünscht in Kauf nimmt oder ob ihm dieser gleichgültig ist. Der Eventualvorsatz unterscheidet sich somit vom direkten Vorsatz nicht in Bezug auf das

Willens-, sondern hinsichtlich des Wissensele- mentes (so die überwiegende Lehre und Rechtsprechung, a.M. Trech- sel, a.a.O., N 13 zu Art. 18 StGB). Im Gegensatz zu diesem hält es der Täter beim Eventualvorsatz nicht für sicher, sondern bloss für möglich, dass sich bei seinem Tun der tatbestandsmässige Erfolg verwirklicht. Nach Lehre und Rechtsprechung schliesst Art. 18 Abs. 2 StGB den Eventualvorsatz mit ein (Rehberg/Donatsch, Strafrecht I, 7. Aufl., Zü- rich 2001, S. 88; Pra 89 [2000] Nr. 17 S. 87 ff.; Pra 82 [1993] Nr. 237 S. 881; BGE 125 IV 251 ff.; BGE 109 IV 147 ff., 151). Im Zusammenhang mit der Übertragung des HI-Virus eines Infizierten auf einen anderen Menschen erfordert der (Eventual-)Vorsatz das Wis- sen um den eigenen HIV-Status, um die Übertragbarkeit des Virus so- wie um die Eignung der in Frage stehenden Verhaltensweise, damit ei- ne andere Person anzustecken. Sodann ist vorausgesetzt, dass der Betreffende einen anderen Menschen mit dem HI-Virus infizieren will beziehungsweise dessen Ansteckung zumindest in Kauf nimmt (vgl. Rehberg, Strafrecht IV, S. 63 f.).

- 6 - Vorliegend ist vom Angeklagten anerkannt und rechtsgenügend er- stellt, dass er beim ungeschützten Sexualkontakt mit X. vermeintlich um seine HIV-Positivität, die Übertragbarkeit des Virus sowie die Mög- lichkeit, das Virus durch ungeschützten Geschlechtsverkehr zu über- tragen, wusste. Nicht nachgewiesen und von der Staatsanwaltschaft im Übrigen auch nicht behauptet ist demgegenüber, dass der Wille des Angeklagten auf die Ansteckung seiner Sexualpartnerin gerichtet war. Im Folgenden ist demnach zu prüfen, ob der Angeklagte beim unge- schützten Intimkontakt eventualvorsätzlich gehandelt und die Infektion seiner Partnerin somit in Kauf genommen hat. In der Lehre werden im Zusammenhang mit der Übertragung des HI- Virus unterschiedliche Anforderungen an die Willenskomponente des Eventualvorsatzes gestellt, wobei die einander gegenüberstehenden Auffassungen auf einer unterschiedlichen Gewichtung des Elementes der Infektionswahrscheinlichkeit beruhen. Während Kunz (a.a.O., S. 62, 64) und Rehberg (Strafrecht IV, S. 64) das statistisch geringe Infektionsrisiko bei einmaligem ungeschütztem Geschlechtsverkehr als nicht massgeblich erachten (vgl. dazu auch Beglinger, a.a.O., N 45 zu Art. 231 StGB samt Hinweisen), postulieren Stratenwerth (BT II, § 31 N 6) und Trechsel (a.a.O., N 12 zu Art. 231 StGB) wegen der im Pro- millebereich liegenden Ansteckungswahrscheinlichkeit eine restriktive Handhabung des Eventualvorsatzes. Konkret bedeutet dies, dass Stratenwerth und Trechsel den Rückschluss auf Eventualvorsatz erst bei zahlreichen ungeschützten Sexualkontakten beziehungsweise bei besonders riskanten Praktiken als zulässig erachten, während Kunz und Rehberg jeden ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV- Positiven als eventualvorsätzliche Tatbegehung bezeichnen. In Über- einstimmung mit Kunz und Rehberg muss das alleinige Abstellen auf das Kriterium der Infektionswahrscheinlichkeit indes aus folgenden Gründen als verfehlt bezeichnet werden:

- 7 - Zum einen stellt der von einem HIV-Positiven vollzogene ungeschützte (cid:0) Geschlechtsverkehr ein grundsätzlich taugliches Mittel dar, um das HI- Virus auf einen anderen Menschen zu übertragen. Dieser Umstand war dem Angeklagten gemäss seinen eigenen Angaben bereits vor der in- kriminierten Handlung bewusst und kann im Übrigen angesichts der bereits längerfristig laufenden Aufklärungskampagnen als allgemein bekannt vorausgesetzt werden (vgl. Kunz, a.a.O., S. 64). Zum andern sind die statistischen Angaben zur Risikoquantifizierung beziehungs- weise Infektionswahrscheinlichkeit – ein Kontakt auf rund 300 Kontakte ist infektiös (vgl. Beglinger, a.a.O., N 45 zu Art. 231 StGB) – mit gros- ser Vorsicht zu geniessen. Da jeder ungeschützte Geschlechtsverkehr eines

HIV-Positiven potentiell infektiös ist und überdies auch Fälle be- kannt sind, in welchen bereits ein einziger ungeschützter Sexualkontakt zur Ansteckung geführt hat, stellen die ohnehin mit Ungewissheiten behafteten statistischen Angaben zur Infektionswahrscheinlichkeit für sich allein betrachtet somit kein für die rechtliche Würdigung massgeb- liches Kriterium dar (ebenso BJM 1998 S. 39 ff., 40). Schliesslich gehört nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur (cid:0) die dem Täter bekannte Wahrscheinlichkeit, dass sein Handeln den Erfolg eintreten lässt, sondern auch das Ausmass der Verletzung einer Vorsichtspflicht zu den äusseren Tatumständen, welche den Rück- schluss darauf zulässt, dass der Täter trotz eventuellen Ableugnens die Möglichkeit des Erfolgseintritts in Kauf genommen hat (vgl. Pra 82 [1993] Nr. 237 S. 881 f.; BGE 119 IV 242 ff., 248). Ein HIV-Positiver, der mit einer Sexualpartnerin ungeschützt verkehrt, verletzt die ihm aufgrund seines Gesundheitszustandes im sexuellen Bereich oblie- genden Sorgfaltspflichten nun aber derart eklatant, dass die Vornahme dieser potentiell infektiösen Verhaltensweise nicht anders interpretiert werden kann, als dass der Betreffende die Ansteckung seiner Partnerin in Kauf genommen hat (ebenso BGE 125 IV 253; RB OGTG 1993 Nr. 11 S. 91 ff., 100). Da die Infektionswahrscheinlichkeit beim unge- schützten Geschlechtsverkehr vom HIV-Positiven nicht im Sinne einer

- 8 - Risikominimierung beeinflusst werden kann, ist es nicht angängig, dass die gemäss Statistik geringe Ansteckungswahrscheinlichkeit zu seinen Gunsten ins Gewicht fällt (vgl. auch BGE 125 IV 254). Da dem HIV- Positiven bei jedem ohne Schutzmittel vollzogenen Geschlechtsakt bewusst ist, dass seine Sexualpartnerin möglicherweise angesteckt wird, nimmt er den tatbestandsmässigen Erfolg für den Fall seines Ein- tritts im Sinne von Art. 18 Abs. 2 StGB in Kauf, ohne dass es dabei ei- ne Rolle spielt, inwieweit er den Erfolgseintritt billigend oder als uner- wünscht in Kauf nimmt oder ob ihm dieser gleichgültig ist. Auch das Bundesgericht hat im Entscheid 125 IV 253 f. Folgendes ausgeführt: "Der HIV-Infizierte, der in Kenntnis seiner Infektion und der Übertra- gungsmöglichkeiten unter diesen Umständen mit dem nicht informier- ten Partner ungeschützt sexuell verkehrt, kann nicht im juristischen Sinne der bewussten Fahrlässigkeit (pflichtwidrig unvorsichtig) darauf vertrauen, dass der tatbestandsmässige Erfolg nicht eintreten werde, sondern er nimmt die Infizierung des Partners im Sinne des Eventual- vorsatzes in Kauf. Nicht weil er im juristischen Sinne der bewussten Fahrlässigkeit (pflichtwidrig unvorsichtig) darauf vertraut, dass der tat- bestandsmässige Erfolg nicht eintrete, begeht der Infizierte die Tat- handlung, sondern unabhängig davon, allenfalls in der Hoffnung, dass schon nichts passieren werde. Dass der Täter dies hofft, bedeutet nur, dass ihm der Erfolg unerwünscht ist. Dies aber schliesst eine Inkauf- nahme im Sinne des Eventualvorsatzes nicht aus". Diese Überlegun- gen gelten auch im vorliegenden Fall, obwohl die Geschädigte X. ge- mäss dem Untersuchungsergebnis um die HIV-Infektion des Ange- klagten wusste. In Würdigung aller Erkenntnisse setzte der Angeklagte beim unge- (cid:0) schützten Sexualkontakt mit der Geschädigten diese dem inakzepta- blen, unberechenbaren und nicht beeinflussbaren Risiko einer Übertra- gung des HI-Virus und den sich daraus ergebenden, ihm bekannten Gefahren für die Gesundheit und das Leben aus. Damit hat er den tat- bestandsmässigen Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf genom-

- 9 - men (BGE 125 IV 254 E. g). Somit bleibt für die Annahme einer pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit im Sinne einer bewussten Fahrlässig- keit kein Raum, weshalb der Fahrlässigkeitstatbestand gemäss Art. 231 Ziff. 2 StGB nicht anwendbar ist. d) In Frage stehen kann noch, ob das Wissen der Geschädigten um die angebliche HIV-Infektion des

Angeklagten und allenfalls die Einwilli- gung der Geschädigten in den ungeschützten Geschlechtsverkehr zu einem andern Ergebnis führen. Die Einwilligung kann das Unrecht nur bei Straftaten ausschliessen, die sich gegen Individualinteressen richten. Bei gemeingefährlichen Delik- ten liegt der Grund für die Unmöglichkeit der Einwilligung allerdings nicht im speziellen Rechtsgut, sondern darin, dass die Individual- rechtsgüter einer Vielzahl von Personen betroffen sind. Bezogen auf Art. 231 StGB heisst das, dass die Einwilligung der betroffenen Person das Schaffen der konkreten Gemeingefahr nicht rechtfertigen kann, richtet sich diese doch definitionsgemäss nicht nur gegen diese Person (a.M. Trechsel, a.a.O., N 14 zu Art. 231 StGB). Nichts spricht aber da- gegen, allenfalls der Einwilligung bezüglich des Erfolgs, der Übertra- gung auf die betroffene Person, rechtfertigende Wirkung zukommen zu lassen (vgl. Beglinger, a.a.O., N 51 zu Art. 231 StGB). Fällt der Erfolg weg, ist das Delikt aber noch nicht vollendet und es liegt lediglich ein Versuch vor . Im vorliegenden Fall könnte indes – soviel sei hier nur am Rande er- wähnt – auch nicht von einer konkludenten Einwilligung des Opfers ausgegangen werden. Gemäss Darstellung des Angeklagten hat er der Geschädigten mehrere Monate vor dem inkriminierten Geschlechtsver- kehr auf der Gasse mitgeteilt, dass er HIV-positiv sei. Vor dem Ge- schlechtsverkehr sei dies kein Thema gewesen. Sie hätten nicht an das Risiko einer Ansteckung gedacht und hätten wohl beide eine "Scheibe" gehabt. Als er die Geschädigte teilweise entkleidet habe, habe sie nichts gesagt und sich auch nicht gewehrt. Sie habe den Ge-

- 10 - schlechtsverkehr schon mitbekommen, habe aber – wie er selber auch – eine "Scheibe" gehabt. Die amtsärztliche Untersuchung der Geschä- digten hat ebenfalls gezeigt, dass sie unter Drogeneinfluss gestanden ist. Unter diesen Umständen könnte also nicht davon ausgegangen werden, die Geschädigte habe sich genügend Rechenschaft über das Risiko ablegen können und bewusst in eine mögliche Ansteckung ein- willigen wollen. e) Der untaugliche Versuch ist in Art. 23 StGB geregelt. Ist das Mittel, womit jemand ein Verbrechen oder Vergehen auszuführen versucht, oder der Gegenstand, woran er es auszuführen versucht, derart, dass die Tat mit einem solchen Mittel oder an einem solchen Gegenstand überhaupt nicht ausgeführt werden könnte, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art. 23 Abs. 1 StGB). Beim un- tauglichen Versuch besteht ein Sachverhaltsirrtum zu Ungunsten des Täters (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 24. Februar 1999, Nr. 6S.66/1999 E. 2c und BGE 124 IV 97 E. 2a mit Hinweisen): Nach sei- ner Vorstellung erfüllt er einen Tatbestand, in Wirklichkeit ist sein Ver- halten jedoch harmlos. Grund für die Privilegierung dieser Verhaltens- weise ist die mangelnde Gefährlichkeit (vgl. Trechsel, a.a.O., N 1 zu Art. 23 StGB). Im Gegensatz zum Sachverhaltsirrtum nach Art. 19 StGB, bei dem der Täter objektiv vorliegende Umstände nicht kennt, stellt sich der Täter beim untauglichen Versuch nicht vorhandene Um- stände, an deren Fehlen die Vollendung des vorgestellten Tatbestan- des zwangsläufig scheitern muss, als gegeben vor. Im Fall von Art. 19 StGB bleibt seine Vorstellung hinter der Wirklichkeit zurück, im Fall des untauglichen Versuchs geht sie darüber hinaus (vgl. Literaturhinweise im angeführten Urteil des Bundesgerichts, Nr. 6S.66/1999, E. 2c). Nachdem der Angeklagte nachgewiesenermassen nicht HIV-positiv war und lediglich fälschlicherweise dieser Überzeugung war, ist ge- mäss den vorstehenden Erwägungen von einem untauglichen Versuch auszugehen.

- 11 - f) Zu Recht hat die Staatsanwaltschaft das Verhalten des Angeklagten zum Nachteil von X. nicht unter den qualifizierten Tatbestand (Handeln aus gemeiner Gesinnung gemäss

Ziff. 2 von Art. 231 StGB) subsu- miert. Auch wenn die Geschädigte unter Drogeneinfluss stand, fehlt es an einer Hinterhältigkeit oder Niedertracht des Angeklagten. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (zu Art. 145 Abs. 2 aStGB) ist das Merkmal der gemeinen Gesinnung eng auszulegen und nur bei einer besonders niederträchtigen Grundhaltung anzunehmen (BGE 106 IV 25). Im Fall des Angeklagten fehlt es jedoch – wie bereits erwähnt – am Nachweis, dass die Inkaufnahme der Übertragung des HI-Virus Ausfluss einer persönlichkeitsadäquaten und besonders niederträchti- gen Grundhaltung darstellt. Im Übrigen dürfte die Annahme einer be- sonders gemeinen Gesinnung nur bei direktvorsätzlicher, nicht aber bei eventualvorsätzlicher Tatbegehung gerechtfertigt sein. Anders wäre dies zu beurteilen, wenn die inkriminierte Verhaltensweise vor dem Hintergrund tief verwurzelter Hass- und Rachegefühle erfolgt wäre (Trechsel, a.a.O., N 3a zu Art. 231 StGB), was vorliegend nicht der Fall war. g) Der Angeklagte ist deshalb des versuchten Verbreitens menschlicher Krankheiten im Sinne von Art. 231 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

E. 4

Die Übertragung des HI-Virus auf einen anderen Menschen wird gemäss der Rechtsprechung nicht nur unter den das Rechtsgut der öffentlichen Ge- sundheit schützenden Tatbestand von Art. 231 StGB, sondern auch unter denjenigen der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB sub- sumiert (BGE 125 IV 242 ff. und 255 ff.; BGE 116 IV 125 ff. = Pra 80 [1991] Nr. 105 S. 509 ff.; RB OGTG 1993 Nr. 11 S. 92; AGVE 1994 Nr. 39 S. 118 ff., 123; RFJ/FZR 1997 S. 104; BJM 1998 S. 39 ff., 42; Roth, BSK StGB II, Basel 2003, N 8 zu Art. 122 StGB), weshalb im Folgenden zunächst auf die- sen Tatbestand näher einzugehen ist. Da im Schrifttum auch die Anwend-

- 12 - barkeit des Tatbestandes der einfachen Körperverletzung diskutiert wird, ist sodann auch dieses Delikt in Betracht zu ziehen. Gemäss Art. 122 StGB wird wegen schwerer Körperverletzung mit Zucht- haus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, wer vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt (Abs. 1); 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 geistes- krank macht, das Gesicht eines Menschen arg und bleibend entstellt (Abs. 2); wer vorsätzlich eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht (Abs. 3). Nach Art. 123 Ziff. 1 StGB wird, auf Antrag, bestraft, wer vorsätzlich einen Menschen in anderer Weise an Körper oder Gesundheit schädigt. Gemäss Art. 125 StGB wird, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft, wer fahrlässig einen Menschen am Körper oder an der Gesundheit schädigt (Abs. 1). Ist die Schädigung schwer, so wird der Täter von Amtes wegen verfolgt (Abs. 2). a) Zunächst ist auf den objektiven Tatbestand von Art. 122 StGB einzu- gehen: aa) In objektiver Hinsicht hat die Ansteckung mit dem unheilbaren HI-Virus für den Gesundheitszustand des Betroffenen in aller Regel ausgespro- chen gravierende und irreversible Konsequenzen. In den Jahren 1990 - 1992 ging die medizinische Wissenschaft bezüglich Erkrankungs- und Sterblichkeitsrate davon aus, dass 50% der in besagtem Zeitraum an- gesteckten Personen ohne Behandlung innerhalb von zehn Jahren an AIDS erkranken und wiederum 50% davon innert zwei Jahren sterben werden. Verglichen mit der vor 1989 erhobenen Statistik zeugen be- reits diese Zahlen von einem Fortschritt der Therapie. Seit 1995 gelang es der Medizin, die Erkrankungs- und Sterblichkeitshäufigkeit durch den kombinierten Einsatz mehrerer,

teilweise neuer Medikamente massiv zu senken. Die infizierte Person steht jedoch selbst während

- 13 - der Kombinationstherapie permanent unter dem Damoklesschwert der Resistenzbildung und des darauf zurückzuführenden Ausbruchs der AIDS-Krankheit (vgl. auch BJM 1998 S. 39 ff., 42). Die Gewissheit, mit einer möglicherweise tödlich verlaufenden Krankheit infiziert zu sein, die im Endstadium zudem mit den Gesundheitszustand stetig ver- schlechternden Krankheiten, die charakteristischerweise Fieber, Atem- not, Lähmungen, Durchfall und Husten als Symptome aufweisen und schreckliche Leiden verursachen, verbunden sind, führt beim Betroffe- nen zu einer Erschütterung des seelischen Gleichgewichts und in der Regel auch zu einer schweren reaktiven Depression. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Kombinationstherapie nicht nur hohe Anforderungen an die Disziplin des Patienten stellt, sondern auch nicht unerhebliche Nebenwirkungen – Schwächezustand, Übelkeit, Appetit- verlust, Durchfall, Erbrechen sowie Kopf-, Muskel- und Gelenkschmer- zen – zeitigt. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der HIV- Infizierte durch die Auswirkungen des Virus auf die körperliche und geistige Gesundheit, die auf diese Diagnose zurückzuführende soziale Isolation beziehungsweise Diskriminierung sowie die damit einherge- henden Einschränkungen (keine ungeschützten sexuellen Kontakte, Verzicht auf Fortpflanzung; vgl. dazu Trechsel, a.a.O., N 7 zu Art. 231 StGB) vitaler Lebenschancen und -möglichkeiten beraubt wird. bb) Nach Massgabe der vorstehenden Ausführungen erweist sich die Rechtsprechung (BGE 125 IV 247 f.), welche die Übertragung des HI- Virus auf eine andere Person unter Art. 122 StGB subsumiert, als zu- treffend, während die im Schrifttum (vgl. die in BGE 125 IV 247 er- wähnten Autoren) vereinzelt anzutreffende Qualifikation als einfache Körperverletzung (vgl. Kunz, a.a.O., S. 46 ff.) abzulehnen ist. cc) Umstritten ist, unter welchen Absatz von Art. 122 StGB die Infektion mit dem HI-Virus zu subsumieren ist. Das Geschworenengericht des Kantons Zürich hat sich in seinem (cid:0) Urteil vom 9. November 1998 eingehend mit dieser Frage ausein-

- 14 - andergesetzt. Es hielt fest, mangels der nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Abs. 1 von Art. 122 StGB vorausgesetzten Unmittelbarkeit der Lebensgefahr ("Zustand, in dem sich die Mög- lichkeit des Todes dermassen verdichtete, dass sie zur ernstli- chen und dringlichen Wahrscheinlichkeit wurde" in BGE 109 IV 18 ff., 20) sei diese Tatbestandsvariante (Abs. 1) nicht einschlägig (gleiche Meinung: Kunz, a.a.O., S. 47 f.; Stratenwerth, BT I, § 3 N 36; a.M. AGVE 1994 Nr. 39 S. 118 ff., 122 f.; BJM 1998 S. 39 ff., 41 f.). Abs. 2 von Art. 122 StGB sei nicht passend, da für die Infektion mit dem HI-Virus weder eine Gebrechlichkeit noch eine der anderen im Gesetz umschriebenen Modalitäten typisch seien (Kunz, a. a. O., S. 48). Da die Auswirkungen auf die körperliche und geistige Gesundheit des Infizierten bezüglich Schwere jedoch durchaus den in Abs. 1 und 2 von Art. 122 StGB umschriebenen Konstellationen entsprächen, erweise sich die Anwendbarkeit der Generalklausel gemäss Art. 122 Abs. 3 StGB als sachgerecht (ebenso Rehberg, Strafrecht IV, S. 66; Trechsel, a.a.O., N 2 zu Art. 122 StGB und N 7 zu Art. 231 StGB; zur Generalklausel im Allgemeinen vgl. auch BGE 124 IV 53 ff., 57 f. = Pra 87 [1998] Nr. 108 S. 620 f.; und zuletzt Roth, a.a.O., N 8 zu Art. 122 StGB). Das Bundesgericht, welches das genannte Urteil des Geschwo- (cid:0) renengerichtes im bereits mehrfach zitierten Entscheid 125 IV 242 ff. zu überprüfen hatte, hielt dafür, es sei Abs. 1 von Art. 122 StGB anwendbar. Die Infektion mit dem HI-Virus führe nach un- gewisser, relativ langer Zeit bei vielen Betroffenen mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Ausbruch der

Immunschwäche AIDS und anschliessend mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Tode. Die HIV- Infektion sei damit lebensgefährlich. Allerdings dürfe nach der Rechtsprechung eine lebensgefährliche Verletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB nur angenommen werden, wenn die Verlet- zung zu einem Zustand geführt habe, in dem sich die Möglichkeit des Todes dermassen verdichtet, dass sie zur ernstlichen und

- 15 - dringlichen Wahrscheinlichkeit werde. Dies bedeute aber nicht, dass die Lebensgefahr notwendigerweise eine zeitlich unmittelba- re, akute sein müsse. Gemäss BGE 109 IV 18 ff. genüge es nicht, dass die Verletzung einigermassen gefährlich sei und die Mög- lichkeit des Todes in etwelche Nähe rücke (wie dies beispielswei- se bei einem Beinbruch der Fall sein könne). Damit sollten Verlet- zungen vom Anwendungsbereich von Art. 122 Abs. 1 StGB aus- genommen werden, bei denen eine Lebensgefahr – etwa im Fall von Komplikationen – bloss möglich sei. Massgebend sei des- halb, dass eine erhebliche Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Verlaufs bestehe, was bei einer HIV-Infektion der Fall sei (BGE 125 IV 127 f.). An sich ist es letztlich eine akademische Frage, ob die (eventual-) (cid:0) vorsätzliche Infektion des Sexualpartners mit dem HI-Virus unter Abs. 1 oder Abs. 3 von Art. 122 StGB subsumiert wird, ist die Strafandrohung doch dieselbe. Problematischer ist die Situation hingegen auf einer anderen Ebene, nämlich deshalb, weil die Körperverletzungsdelikte als Verletzungsdelikte ausgestaltet sind, im Zusammenhang mit der Ansteckung des HI-Virus aber letztlich zu Gefährdungsdelikten mutieren, weil die Inkubationszeit bei AIDS eine mehrjährige (bis etwa zehn Jahre) ist. In der Tat liegt eine unmittelbar drohende Lebensgefahr nicht vor. Ob sich das HI-Virus überhaupt je einmal auswirken wird, ist ungewiss, auch wenn zugegebenermassen eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Immunschwäche AIDS dereinst (in naher oder ferner Zukunft) ausbricht und anschliessend (wiederum nach nicht ab- schätzbarer Zeitspanne) zum Tode führt (vgl. Roth, a.a.O., N 8 zu Art. 122 StGB). Das Bundesgericht begründet die Annahme von Abs. 1 des Art. (cid:0) 122 StGB damit, dass es bei vielen Patienten nach ungewisser, relativ langer Zeit mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Ausbruch der

- 16 - Immunschwäche AIDS und anschliessend mit hoher Wahrschein- lichkeit zum Tode komme, weshalb die HIV-Infektion als lebens- gefährlich zu bezeichnen sei (BGE 125 IV 247). Massgebend für die Annahme von Art. 122 Abs. 1 StGB sei, dass eine erhebliche Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Verlaufs der Krankheit beste- he, was bei einer HIV-Infektion der Fall sei (BGE 125 IV 248). Es ist nach wie vor leider so, dass eine HIV-Infektion lebensbe- drohend sein kann und oft tödlich endet. Auch mit den seit 1999 (Zeitpunkt von BGE 125 IV 242 ff.) noch weitergehend erzielten Fortschritten bei der Behandlung dieser Krankheit besteht über- haupt kein Anlass, diese Krankheit in irgend einer Form zu baga- tellisieren oder den HIV-Patientinnen und -patienten falsche Hoff- nungen machen zu wollen. Dennoch ist nicht zu verkennen, dass es seit 1999 weitere medizinische Fortschritte gegeben hat, in- dem mittels Medikamentencocktails eine Verlangsamung des Ausbruchs der Immunschwächekrankheit AIDS oder eine Stabili- sierung erreicht werden kann. Erfreulicherweise gibt es immer wieder symptomlose HIV-positive Langzeitüberlebende (vgl. zu den verschiedenen Stadien BGE 116 IV 133 = Pra 80 [1991] Nr. 105). Hält man sich die ursprüngliche Umschreibung des Bundesge- richtes zur "Lebensgefahr" im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB vor Augen, so musste es sich stets um eine unmittelbare Gefahr han- deln, welche die Möglichkeit des Todes "zur ernstlichen und dringlichen Wahrscheinlichkeit" machte (so in BGE 109 IV 18; Fall einer Blutung infolge eines Milzrisses). Auch Trechsel (a.a.O., N 2 zu Art. 122 StGB) weist

darauf hin, dass die vom Gesetz gefor- derte Lebensgefahr eine unmittelbare sein müsse. Es genüge nicht, dass die Verletzung einigermassen gefährlich sei und die Möglichkeit des Todes in etwelche Nähe rücke. Schubarth (Kom- mentar zum schweiz. Strafrecht, Bes. Teil, 1. Band, Bern 1982,

- 17 - N 16 f. zu Art. 122 aStGB) führt dazu aus, dass grundsätzlich mit jeder Körperverletzung die entfernte Möglichkeit der Todesfolge verbunden sei. Deshalb müsse bei Art. 122 Abs. 1 StGB (in der heutigen Fassung) gefordert werden, dass der Todeseintritt wahr- scheinlich und die Lebensgefahr die unmittelbare Folge der Ver- letzung sei. Art. 122 Abs. 1 StGB sei nur erfüllt, wenn die hinzu- gefügte Verletzung "in den Tod umzuschlagen drohe". Reh- berg/Schmid/Donatsch (Strafrecht III, 8.A., Zürich 2003, S. 42 f.) nehmen ebenfalls den Begriff der Unmittelbarkeit der Gefahr, welcher die Möglichkeit des Todes "zur ernstlichen und dringli- chen Wahrscheinlichkeit macht", als wichtiges Kriterium in ihre Beurteilung auf. Stratenwerth (BT I, § 3 N 36) schliesst sich hin- sichtlich der Unmittelbarkeit den vorerwähnten Autoren an. Aller- dings kommt er in Abweichung zu anderen Autoren zum Ergeb- nis, dass die Infizierung mit dem HI-Virus eher als einfache Kör- perverletzung im Sinne von Art. 123 StGB zu qualifizieren sei, was vom Bundesgericht und verschiedenen Autoren zu Recht verneint wird. Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang hinge- gen der Hinweis von Stratenwerth, dass Art. 122 Abs. 1 StGB ei- ne akute Lebensgefahr voraussetze, woran es aber fehle, wenn man wie bei HIV-Infizierten nicht einmal wisse, ob das Opfer – etwa im Falle schwerer Drogenabhängigkeit – den Ausbruch der Krankheit (gemeint AIDS) überhaupt noch erleben werde. Auch Karl-Ludwig Kunz (ZStrR 107 [1990] S. 47 f.), auf den sich Stratenwerth bezieht, hält es grundsätzlich für fraglich, ob eine In- fizierung mit dem HI-Virus eine schwere Körperverletzung im Sin- ne von Art. 122 StGB sei. Er diskutiert vorab Abs. 1 von Art. 122 StGB und hält dafür, dass "sonstige Modalitäten der schweren Körperverletzung" (mithin auch Abs. 2 und 3 von Art. 122 StGB) nicht in Betracht kommen. Interessant sind aber die Ausführun- gen von Kunz im Hinblick auf die Frage, ob eine Infizierung mit dem HI-Virus eine lebensgefährliche Verletzung im Sinne von Art.

- 18 - 122 Abs. 1 StGB sein könne. Auch Kunz weist darauf hin, dass wohl ein überwiegender Teil der HIV-Infizierten AIDS entwickeln würden. Dennoch ergäben sich Zweifel an der geforderten Un- mittelbarkeit der Lebensgefahr aus der langen, oft mehrjährigen Latenzzeit zwischen der HIV-Infektion und dem Ausbruch von Krankheitssymptomen, die schliesslich zum Tode führen würden. Entscheidend für die Beurteilung sei deshalb, ob für die Unmittel- barkeit ausreiche, dass die Verletzung mit genügender Wahr- scheinlichkeit irgendwann zum Tode führe, oder ob ein gewisser zeitlicher Zusammenhang zwischen Verletzung und Todeseintritt bestehen müsse, der angesichts der langen Latenzzeit bei AIDS nicht mehr gegeben sei. Kunz weist darauf hin, dass von einer unmittelbaren, nahen, ernstlich und dringlich wahrscheinlichen Gefahr des Todeseintrittes bei einem zeitlich so fern liegenden Todeserfolg nicht mehr gesprochen werden könne. Dabei sei we- niger die rein zeitliche Dimension als vielmehr die mangelnde objektive Zurechenbarkeit eines Fernerfolges, bei dessen Eintritt über die weit zurückliegende Verletzungshandlung "gewisserma- ssen Gras gewachsen" sei, entscheidend. Der schliessliche AIDS-Tod falle aus dem Zurechnungszusammenhang der "le- bensgefährlichen Verletzung" heraus. Diese sei auf Geschehnis- abläufe zu beschränken, bei denen die Verletzung eine auch zeit- lich einigermassen nahe Lebensgefahr bedinge. Trechsel (a.a.O., N 7 zu Art. 231 StGB) und

Rehberg/Schmid/Donatsch (Strafrecht III, S. 42) schliessen sich den Überlegungen von Kunz hinsichtlich der Frage, ob Abs. 1 von Art. 122 StGB zur Anwendung kommen könne, an. Wägt man zwischen der vom Bundesgericht in BGE 125 IV 242 ff. (cid:0) und der vom Geschworenengericht des Kantons Zürich im Ent- scheid vom 9. November 1998 vertretenen Meinungen ab, so ist trotz den bedenkenswerten Ausführungen des Bundesgerichts insbesondere unter Hinweis auf die Ausführungen von Kunz der

- 19 - Haltung des Geschworenengerichtes zu folgen. Nachdem bereits die Latenzzeit mehrere Jahre betragen kann, zudem eine medi- kamentöse 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 Le- bensgefahr (vgl. dazu insbesondere auch Roth, a.a.O., N 8 und 18 zu Art. 122 StGB). Mithin kommt vorliegend Abs. 3 und nicht Abs. 1 von Art. 122 (cid:0) StGB zur Anwendung. b) Der subjektive Tatbestand von Art. 122 Abs. 3 StGB setzt (Eventual-) Vorsatz voraus, der sich auf die Schwere der Schädigung der körperli- chen oder geistigen Gesundheit beziehen muss (Trechsel, a.a.O., N 10 zu Art. 122 StGB; zum (Eventual-)Vorsatz gemäss Art. 18 Abs. 2 StGB im Allgemeinen vgl. die vorstehenden Erwägungen). aa) Zum subjektiven Tatbestand von Art. 122 Abs. 3 StGB ist festzuhalten, dass der Angeklagte wusste, welche Auswirkungen das HI-Virus in physischer und psychischer Hinsicht auf eine infizierte Person zeitigt. Im Übrigen kann hinsichtlich der Frage, was der Angeklagte beim un- geschützten Sexualkontakt mit X. wusste und in Kauf nahm, auf die vorstehenden Ausführungen zum subjektiven Tatbestand von Art. 231 StGB verwiesen werden, welche in Bezug auf Art. 122 StGB analog Gültigkeit haben, weshalb auch hinsichtlich der schweren Körperverlet- zung die fahrlässige Tatbegehung ausser Betracht fällt. bb) Der Angeklagte hat somit durch den ungeschützten Geschlechtsver- kehr mit X. auch den subjektiven Tatbestand von Art. 122 Abs. 3 StGB erfüllt. cc) Eine Einwilligung des Opfers vermag eine schwere Köperverletzung höchstens dann zu rechtfertigen, wenn sie einem sittlichen Wert dient

- 20 - (vgl. Trechsel, a.a.O., N 7 vor Art. 122 StGB und N 14 zu Art. 232 StGB), was vorliegend klar nicht der Fall ist und heute auch von keiner Seite behauptet wurde. Weitere Erwägungen zu einer allfälligen Einwil- ligung der Geschädigten im Zusammenhang mit einer schweren Kör- perverletzung sind deshalb obsolet.

E. 5

Da Art. 231 und Art. 122 StGB unterschiedliche Rechtsgüter schützen, be- steht zwischen diesen Tatbeständen nach der Zustimmung verdienenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung echte Idealkonkurrenz (BGE 125 IV 254 f.; BGE 116 IV 125 ff. = Pra 80 [1991] Nr. 105 S. 516; ebenso Huber, a.a.O., S. 116; Kunz, a.a.O., S. 49; Rehberg, Strafrecht IV, S. 66; Straten- werth, BT II, § 31 N 10; Roth, a.a.O., N 8 zu Art. 122 StGB).

E. 6

Angesichts der Bejahung der Anwendbarkeit von Art. 122 StGB bleibt kein Raum für Art. 129 StGB, da dieser Gefährdungstatbestand – selbst bei ge- gebener (hier aber nicht behaupteter) Skrupellosigkeit – gegenüber dem Verletzungsdelikt der schweren Körperverletzung subsidiär ist (Kunz, a.a.O., S. 49; im Ergebnis gleich TrechseI, a.a.O., N 7 zu Art. 231 StGB). Auch die Übertretungstatbestände des Bundesgesetzes über die Bekämpfung über- tragbarer Krankheiten des Menschen vom 18. Dezember 1970 (Epidemien- gesetz; SR 818.101) fallen nicht in Betracht, da sie zu Art. 231 StGB subsi-

diär sind (Kunz, a.a.O., S. 45).

E. 7

Nachdem der Angeklagte – wie vorstehend aufgezeigt – nicht Träger des HI- Virus ist, sondern im Tatzeitpunkt lediglich der irrigen Überzeugung war, infi- ziert zu sein, handelt es sich um einen untauglichen Versuch einer schweren Körperverletzung (vgl. dazu die entsprechenden Ausführungen beim Tatbe- stand des Verbreitens menschlicher Krankheiten).

E. 8

Die gerichtlich bestellten Gutachter schliessen beim Angeklagten im Zeit- punkt der Tatbegehung eine völlig Zurechnungsunfähigkeit im Sinne von Art.

E. 10

StGB aus (Urk. 16/7 S. 58). Die von den Experten ins Feld geführte ver- minderte Zurechnungsfähigkeit stellt keinen Schuldausschluss-, sondern ei-

- 21 - nen Schuldmilderungsgrund dar, weshalb dieser Aspekt bei der Strafzumes- sung Berücksichtigung finden wird. 9. Zusammenfassend ist der Angeklagte somit der versuchten schweren Kör- perverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 3 StGB in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 StGB sowie des versuchten Verbreitens menschlicher Krankheiten im Sinne von Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen. V.-IX. (...)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.