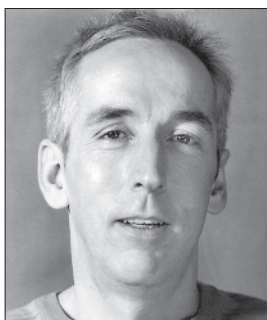


Der strafrechtliche Umgang mit HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen

Teil 1: Die schweizerische Rechtsprechung: empirische und dogmatische Analyse



PETER MÖSCH PAYOT
Mlaw, LL.M., Dozent für
Sozialrecht und Strafrecht,
Hochschule Luzern –
Soziale Arbeit



KURT PÄRLI
Prof. (FH) Dr. iur.
Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften,
Winterthur

2. HIV-Serostatus als Krankheit zwischen straf- und sozialversicherungsrechtlicher Beurteilung
3. Opfermitverantwortung und Einwilligungsmöglichkeit
4. Kriminalpolitische Einbettung der bisherigen Rechtsprechung zu HIV/Aids in der Schweiz
Anhang: Übersicht Verurteilungsgrund und Strafmass sämtlicher Fälle

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Ergebnisse und Analyse der empirischen Erhebung
 1. Datenerhebung
 2. Analyse der Urteile
 - 2.1. Urteilsanalyse in zeitlicher Hinsicht
 - 2.2. Täterprofil/Opferprofil und Kontaktkonstellationen
 - 2.3. Sanktionierung und Strafmass
- III. Dogmatisch fundierte Auswertung der Strafurteile
 1. Allgemeines
 2. HIV-Übertragung als Delikt gegen Leib und Leben
 - 2.1. HIV und der Schutz körperlicher Integrität
 - 2.2. HIV-Infektion als schwere Körperverletzung?
 - 2.3. Die Frage der Kausalität und des Beweises bei HI-Virus-Ansteckungen
 3. HIV-Übertragung als Verbreiten einer gefährlichen Krankheit
 4. Die Übertragung von HIV zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit
 5. Die Rolle des Opfers bei HIV: zwischen Einwilligung, erlaubtem Risiko und Opfermitverantwortung
 6. Die Bedeutung medizinischer Entwicklungen und präventiver Empfehlungen in der Strafrechtspraxis
 - 6.1. Das Bild von HIV und die Abbildung der medizinischen Fortschritte
 - 6.2. Medizinische Befunde zur Infektiosität und ihre strafrechtliche Bedeutung
 - 6.3. Im Besonderen: die strafrechtliche Relevanz der neuen Empfehlungen für serodifferente Paare in festen Partnerschaften
 7. Der Diskurs um Prävention und Public Health in den Urteilen, insbesondere AIDS-Beratungs- und Präventionskonzept der doppelten Verantwortung in der Strafrechtspraxis
- IV. Kritische Analyse der geltenden Praxis zum strafrechtlichen Umgang mit HIV/Aids
 1. Wichtigste Erkenntnisse aus der empirischen Analyse der HIV-Strafurteile

I. Einführung

Die Kenntnisse über Ansteckungswege und -risiken von HIV/Aids haben sich im Verlaufe des letzten Jahrzehnts deutlich verändert, ebenso die 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», dass Virusträger/innen unter bestimmten Bedingungen nicht infektiös sind, führt zu einer Reihe weiterer neuer rechtlicher Fragen.

Im Verlaufe der frühen 1990er Jahre fand eine heftige kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Debatte statt, ob und wie die Übertragung des HI-Virus strafrechtlich verfolgt werden soll. Bis heute besteht darüber in der Lehre keine Einigkeit. Die Diskussionen 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 weist die Schweiz zusammen mit Schweden und Österreich die höchste Anzahl an Strafurteilen wegen der Übertragung des HI-Virus auf¹.

Im Rahmen eines Forschungsprojekts haben die Verfasser des vorliegenden Textes die strafrechtliche Praxis der Schweiz zu HIV/Aids systematisch erhoben und rechtsdogmatisch reflektiert².

Überarbeiteter und ergänzter Auszug aus KURT PÄRLI/PETER MÖSCH, Strafrechtlicher Umgang mit HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen. Schlussbericht an den Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, Bern/Olten/Winterthur, Februar 2009.

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.gnppplus.net/criminalisation/list.shtml> (Zugriff: 15.9.2009).

² KURT PÄRLI/PETER MÖSCH, Strafrechtlicher Umgang mit HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen. Schluss-

Im Folgenden sollen zunächst die Ergebnisse der empirischen Erhebung der Strafurteile zum Umgang mit HIV/Aids in der Schweiz dargestellt werden. Dabei wird insbesondere die zeitliche Verteilung, werden Attribute wie Geschlecht und Staatsangehörigkeit von Täter und Opfer, die Beziehungskonstellation, die Anzahl und die Art der Verurteilungen bzw. Freisprüche dargestellt (Kapitel II). Die Urteile werden dann dogmatisch analysiert (Kapitel III), um schliesslich die Praxis im Lichte ausgewählter strafrechtsdogmatischer und kriminologischer Überlegungen zu reflektieren (Kapitel IV).

Ein zweiter, auch in dieser Nummer publizierter Aufsatz (S. 1288 bis 1314) wirft einen Blick auf den strafrechtlichen Umgang mit der HIV-Übertragung in ausgewählten anderen Staaten und stellt anschliessend die Strafrechtspraxis in einen generellen Kontext einer menschenrechtsbasierten HIV/Aids-Politik. Darauf aufbauend wird die schweizerische HIV/Aids-Prävention gewürdigt und mit der strafrechtlichen Praxis kontrastiert. Abschliessend wird auf die laufenden Revision des Epidemiengesetzes und die vorgeschlagene Revision von Art. 231 StGB eingegangen.

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 seien. 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 bezüglich Art. 231 StGB herangezogen. Des Weiteren wurden die juristische Onlinedatenbank Swisslex und Zeitungsarchive durchsucht 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 bzw. seit dem Jahre 2000 als «weitere Entscheide» auf der Datenbank des Bundesgerichts verfügbar sind³. Von den 11 Urteilen des Bundesgerichtes wurden sechs in die offizielle Sammlung der Bundesgerichtsentscheide aufgenommen⁴, fünf erhobene Urteile gelten als «weitere Entscheide».

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 worden sind. Im Weiteren sprechen die vergleichbaren Zahlen des international erhobenen Überblicks über die Kriminalisierung von HIV/Aids für die Schweiz für den Zeitraum von 1990 bis 2008 dafür⁵. 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 unbeschrieben 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 dem Jahr 2000 einzelne unveröffentlichte Bundesgerichtsentscheide ergingen, die nicht bekannt sind, zumal eine entsprechende Dokumentationsanfrage vom Bundesgericht abschlägig beantwortet wurde. Die Datenerhebung endet per März 2009.

³ Siehe unter www.bger.ch, folge «weitere Entscheide» (Zugriff am 11.7.2009).

⁴ 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.

⁵ Siehe dazu den internationalen 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.gnppplus.net/criminalisation/index.php?option=com_content&task=view&id=21&Itemid=42&limit=1&limitstart=2. (Zugriff am 5.7.2009).

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 allgemeine öffentlichrechtliche Fragen (insbesondere 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)
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 B⁶, es wird im Weiteren

⁶ In diesem Urteil weist der Kassationshof des Kantonsgerichts Neuenburg den Entscheid zur Neu beurteilung zurück, weil die Vorinstanz die Ansteckung von Hepatitis B an ein nicht

ebenfalls aus der statistischen Auswertung ausgeschlossen, 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	10	4	23
Gesamt	24	17	11	52

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 Art. 231 StGB seit 2003. Dies deutet auf eine Zunahme des strafrechtlichen Zugriffs auf Fälle von HIV/Aids hin⁷.

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 Gerichten in städtisch geprägter Agglomeration. Nur sieben Urteile erfolgten von Gerichten in eher ländlichem Einzugsgebiet.

2.2. Täterprofil/Opferprofil und Kontakt-konstellationen

Während im Hinblick auf die dogmatisch-normative Auswertung der Urteile Mehrfachbeurteilungen nicht von Relevanz sind, müssen die Doppel- und Mehrfachzählungen mit Blick auf die quantitativ sachverhaltsbezogene Auswertung bezüglich 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.

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).

⁷ 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/straftaten/delikte_im_einzeln.html (Zugriff am 1.7.2009).

In sieben Fällen finden sich zum selben Sachverhalt zwei bzw. drei Urteile mehrerer nachgelagerter Instanzen⁸. In zwei weiteren Fällen liegen die rückweisenden Urteile der oberen Instanzen (Bundesgericht oder kantonale Zweitinstanz) und die darauf hin ergehenden neu beurteilenden Entscheide⁹ vor. In einem Fall ergingen gleichzeitig mehrere Urteile der gleichen Instanz bezüglich desselben Täters¹⁰ und in einem Fall wurden zwei Urteilsauszüge aus demselben Urteil je einzeln in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts veröffentlicht¹¹.

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

Bezüglich des Geschlechts fanden sich bei den Angeschuldigten 32 Männer und 7 Frauen. Als Opfer bzw. Privatkläger wurden insgesamt 37 Männer und 32 Frauen in die 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

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 HIV¹². 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 (versuchten) 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

Die Täter-Opfer- und Situationskonstellationen der 39 Fälle lassen sich insbesondere nach der Art der Beziehung und der Wissenskonstellation unterscheiden. Die vorliegenden Fälle

⁸ Vgl. Urteilsübersicht S. 1285: a) BGE 134 IV 193 (Fallvignette A 006, 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), 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).

⁹ Vgl. Urteilsübersicht S. 1285: a) BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005) und Bundesgericht vom 11.1.2006. (Urteil B 004); b) Kassationshof Waadt vom 26.10.1998 (Urteil G 017) und Strafgericht Vevey vom 4.4.2000 (Urteil H 001).

¹⁰ Vgl. Urteile Bezirksgericht Rheinfelden vom 18.2.2004 (Urteil H 007 und Urteil H 008).

¹¹ Vgl. BGE 125 IV 243 (Fallvignette A 003) und BGE 125 IV 255 (Fallvignette A 004).

¹² So geht es in BGE 120 IV 313 (Fallvignette A 002) um die Verletzung des Medizingeheimnisses 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.

sollen hier insoweit nach den Fallkonstellationen der Aids-Hilfe Schweiz¹³ 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 3 a: ... 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 ungeschütztem 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.

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

*Situationen 11–18*¹⁴: Strafbarkeit von Drittpersonen.

Diese Unterscheidungen dienen der Aids-Hilfe Schweiz bislang für die Differenzierung rechtlicher Überlegungen, ihrer Positionierung und der Beratung. Mit dem Ziel, Empfehlungen für die Überarbeitung jenes Positionspapiers 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 ausgeht¹⁵.
- als *Situation 1 Variante a* die Situation, dass die HIV-positive Person ihren Serostatus nicht kennt, aber kennen könnte¹⁶.
- 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 informieren¹⁷.
- als *Situation 3 Variante c* die ungeschützten sexuellen Kontakte ohne Information des Partners unter Einhaltung einer effektiven Antiretroviraltherapie mit Wirkung massiv gesenkter Viruslast¹⁸.
- 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 Partnerin¹⁹.

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.

¹⁵ Im konkreten Fall hatte der Betroffene die Partner informiert und ungeschützte Kontakte gehabt, vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005).

¹⁶ Vgl. BGE 134 IV 193 (Fallvignette A 006).

¹⁷ Vgl. Urteil des Kreisgerichts Konolfingen vom 5.12.2007 (Fallvignette H 019); Urteil des Strafgerichts Distrikt La Broye und Nord-Waadts vom 20.4.2004 (Fallvignette H 009).

¹⁸ Zu den einzelnen Voraussetzungen siehe PIETRO VENZA/BERNARD HIRSCHEL/ENOS BERNASCONI/MARKUS FLEPP, 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, 163 ff.; erste Anzeichen der Aufnahme der neuen Erkenntnisse in die Rechtsprechung im Fall H 021 (Urteil vom 23.2.2009 der Cour de Justice Genf; auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde der Opfer ist das Bundesgericht aus formalen Gründen nicht eingetreten, weshalb bislang eine höchstrichterliche Klärung der Frage fehlt; vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B 260/2009 (vom 30.6.2009) und im Urteil des Strafgerichts Genf vom 13.1.2009 (Urteil H 022).

¹⁹ Vgl. BGE 125 IV 242 (Fallvignette A 003).

¹³ AIDS-HILFE SCHWEIZ, Strafbarkeit der HIV-Übertragung, Positionspapier der Aids-Hilfe Schweiz, Zürich 2001, 2 ff.

¹⁴ 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

Bezüglich 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 bezüglich 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 Rechtspre-

chung die von der Aids-Hilfe Schweiz gewählten Situationsmuster Relevanz finden und inwieweit Verurteilungen oder Freisprüche vorkamen.

Insgesamt zeigen sich folglich mit Bezug auf die Situationsdifferenzierung 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>	0 ²⁵	2 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 das Serostatus thematisiert wird ²⁸	14	0
Genauere 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

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

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 eine 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: 16.6.2009); für eine detailliertere Darstellung bei der Aids-Hilfe Schweiz siehe http://www.aids.ch/d/information/hiv_aids/schutz.php (Zugriff: 15.6.2009).

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

²⁵ Vgl. Fall H 021: Verurteilung in erster Instanz, Freispruch in zweiter Instanz: Urteil Strafgericht Genf vom 23.2.2009.

²⁶ Vgl. Urteil Strafgericht Genf (Cour de justice) vom 13.1.2009 (Urteil H 022); Teilfreispruch für die Periode, in der die Angeschuldigte eine Tritherapie machte; Urteil des Strafgerichts Genf (cour de justice) vom 23.2.2009 (Urteil H 021).

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

²⁸ In vielen Fällen sind insoweit die Aussagen der Beteiligten widersprüchlich. Im Beweisergebnis wurde die Frage, ob eine

Die Statistik zeigt, dass im überwiegenden Mass Sachverhalte zur gerichtlichen Beurteilung gelangen, bei denen es unter serodifferenten Paaren zu ungeschützten sexuellen 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 Rückweisungen zur Neuurteilung an die Vorinstanzen³⁵. In fünf Fällen kam es zu Verurteilungen verbunden mit

Teilfreisprüchen bzw. Teileinstellungen bezüglich hier relevanter Vorwürfe³⁶.

In sechs Fällen erfolgten vollständige Freisprüche bzw. Nichtverurteilungen bezüglich 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. Teilverurteilungen im Zusammenhang mit HIV/Aids erfolgten. Für die Frage

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 war, vgl. Urteil Kassationshof Kantonsgericht Freiburg vom 19.6.1998 (Fallvignette G 018).

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

³¹ Vgl. Urteil Strafergericht 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): Verletzung des Medizinalgeheimnisses eines Arztes.

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

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

³⁶ BGE 125 IV 255 (Fallvignette Urteil A 003/A 004): 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 bezüglich Art. 231 StGB wegen Verjährung; Urteil Bezirksgericht Zürich vom 15.3.2006 (Urteil H 020): Einstellung bezüglich schwerer Körperverletzung wegen Konsenskontakts; Urteil des Strafgerichts Genf vom 13.1.2009 (Urteil H 022): Teilfreispruch für ungeschützte, nichtinformierte Sexualkontakte unter wirksamer Retroviraltherapie.

³⁷ Vgl. BGE 120 IV 313 (Fallvignette A 002): Rechtsirrtum über Medizinalgeheimnis; Urteil des Strafgerichts des Bezirks 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): Safer-Sex-Regeln eingehalten; Urteil des Strafgerichts des Bezirks 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.

der Tatbestände bei den Verurteilungen wurden auch die Rückweisungsurteile des Bundesgerichts miteinbezogen³⁸.

Besonders interessant ist die Frage, ob und inwieweit entsprechend der herrschenden bundesgerichtlichen Praxis Verurteilungen nach Art. 122 StGB für schwere Körperverletzung und nach 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
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. rechtsgenügend 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 Bagatelldarakter 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 Spannweite 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 zwischen zwei und vier Jahren Freiheitsstrafe⁴². Ersteres Urteil erging neustens für ungeschützte Kontakte in einer langjährigen Beziehung ohne Information des Partners⁴³; letzteres erging im Jahr 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 Tötlichkeit⁴⁴. Genugtuungssummen an die Opfer variieren stark und sind gerade in dieser Kategorie vereinzelt zu finden. Die Höchstsumme liegt bei CHF 80000 in einem bestätigenden Urteil des Bundesgerichts des Jahres 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 2¾ 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. Bezüglich der Massnahmen werden teilweise ambulante Massnahmen

³⁸ BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005) und BGE 134 IV 193 (Fallvignette A 006).

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); 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).

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).

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

⁴⁶ Urteil Kassationsgericht Kanton Waadt vom 9.1.2001, 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).

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 Verbreitens 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 Jahren, 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 die Informationspflicht gegenüber Personen, mit denen sexuelle Kontakte aufgenommen werden, und um eine Meldepflicht sämtlicher Personen, mit denen sexuelle Kontakte gepflegt werden⁵⁶.

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 bezüglich der strafrechtlichen Unrechtszuschreibung:

Der positive Serostatus gilt als unheilbar, es gibt auch keinerlei Impfschutz. Diese in der Zwischenzeit bereits his-

torische Beurteilung von HIV-Erkrankungen trifft auf eine medizinische 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 eine sehr lange Zeitdauer günstig zu beeinflussen und einen Ausbruch von Aids weit hinaus zu zögern. Das macht die Vorsatz- und die Kausalitätsproblematik virulent. Dazu kommt, dass oft 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 bezüglich der Zuschreibung strafrechtlichen Unrechts liegt darin, dass einerseits die Ansteckungswahrscheinlichkeit, z.B. bei normalem heterosexuellen Geschlechtsverkehr, sehr gering ist, andererseits es den Sexualpartnern grundsätzlich mit relativ wenig Mitteln möglich wäre, sich vor einer Ansteckung zu schützen⁵⁸. Fragen der Kausalität, des Vorsatzes, der Einwilligung bzw. der Opfermitverantwortung und des erlaubten Risikos stehen dabei dogmatisch im Vordergrund. Der dogmatische Umgang mit diesen Fragen sowohl hinsichtlich der schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) als auch des Verbreitens einer gefährlichen Krankheit (Art. 231 StGB) ist insoweit im Folgenden genauer zu beleuchten. Soweit beide Tatbestände erfüllt sind, 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 verschärfen.

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.

⁵⁷ HAART, Highly Active Anti-Retroviral Therapy.

⁵⁸ Ähnlich STEFAN TRECHSEL/THOMAS FINGERHUTH, in: Stefan Trechsel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 231 N 16 ff.

⁵⁹ Statt aller BGE 116 IV 125, 134.

⁶⁰ So TRECHSEL/FINGERHUTH (FN 58), Art. 231 N 10; GUIDO JENNY, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999, ZBl 136/2000, 642; OLIVIER GUILLOZ, Lutte contre le sida: quel rôle pour le droit pénal?, ZStrR 115/1997, 130; DOMINIQUE HAUSSER, Notes sur le jugement du Tribunal de police de Genève du 29.8.1994, plädoyer 5/1994, 53; FLORIAN HÜBNER, Faut il encore pénaliser la transmission du VIH en Suisse?, plädoyer 6/1996, 46; HANS HEGETSCHWILER, Strafverfolgung wegen Übertragung von Aids – nur ein strafrechtliches Problem?, SJZ 85/1989, 300 ff., 300; KARL-LUDWIG

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).

⁵² Urteil Bezirksgericht Bischofszell vom 15.1.1993 (H 005).

⁵³ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005).

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

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

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

Während die Medizin vor dem Hintergrund der Behandelbarkeit HIV/Aids heute kaum mehr anders bewertet als eine andere chronische Krankheit, stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Strafrechtspraxis 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, gehört 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 infiziert.⁶²

Es bleiben die Körperverletzungsdelikte: Als Zustand einer Gesundheitsschädigung wird üblicherweise ein im Vergleich zum Normalzustand des gesunden Menschen krankhafter Zustand angesehen (wobei freilich ganz geringfügige und vorübergehende krankhafte Zustände ausgeschieden werden). Strafbar ist die Herbeiführung eines solchen krankhaften Zustands dabei nicht nur, wenn sie vorsätzlich, son-

dern 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 Geschlechtsverkehr den objektiven Tatbestand der *schweren Körperverletzung*. Auch der symptomlose positive Serostatus gilt in ständiger Rechtsprechung als Krankheit im Sinne der Art. 122 ff. StGB⁶⁴.

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 schon 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» macht.⁶⁶ Gegen die erste Tatbestandsvariante der Lebensgefährlichkeit spricht also insbesondere das grosse Zeitintervall zwischen Ansteckungshandlung, Ansteckung und Krankheits-

KUNZ, Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht, ZStrR 107/1990, 41; MARKUS MÜLLER, Strafrecht und Epidemierecht in der Aids-Bekämpfung, AJP/PJA 2/1993, 915 ff.; anders aber CHRISTIAN HUBER, Ausgewählte Fragen zur Strafbarkeit der HIV-Übertragung, ZStrR 115/1997, 113.

⁶¹ Vgl. ROLF ROSENBRÖCK/DORIS SCHAEFFER/Francoise ARBER DUBOIS/PATRICE PINELL/MICHEL SETBON, Die Normalisierung von Aids in Westeuropa, Der Politik-Zyklus am Beispiel einer Infektionskrankheit, Aids Info Docu, Infothek 5/1999, 9 f.

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

⁶³ Vgl. BGE 116 IV 125 (Fallvignette A 001); BGE 125 IV 242 (Fallvignette A 003); BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005); Urteil Bger 6S.461/2005 vom 11.1.2006.

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

⁶⁵ Zusammenfassung der Kritik der Lehre siehe ANDREAS A. ROTH/ANNE BERKEMEIER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, 2. A., Basel 2007, Art. 122 N 9.

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

ausbruch. 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 den, der um die Krankheit weiss, selbst dann, wenn sie 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 bezüglich der Qualifikation der HIV-Ansteckung als schwere Körperverletzung daraus abgeleitet worden wäre⁷². Immerhin wurde, entgegen dem Bundesgericht, teilweise an einem anderen Qualifika-

tionsgrund 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 bezüglich der Körperverletzungsdelikte die Frage der Kausalität, also diejenige des Zusammenhangs von Ursache und Wirkung. Dabei geht es vor allem darum, ob sich das Opfer tatsächlich beim Angeschuldigten angesteckt hat.

Insoweit spielt das Beweismass, welches für eine strafrechtliche Verurteilung erreicht werden muss, eine erhebliche Rolle. Es gelten 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 kann⁷⁵. Die Praxis ist insoweit aber im Umgang mit HIV nicht einheitlich.

Anschaulich dafür ein Urteil des Kreisgerichts Konolfingen von 2007⁷⁶:

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 Bluttröpfens 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 gefundenen HIV-Stämme beim Angeklagten und seinem Partner vor. Es können aber andere Ansteckungsmöglichkeiten im konkreten Fall nicht ausgeschlossen werden. Das Gericht erwähnt vor allem die Ansteckung der beiden bei einer nicht notwendigerweise identischen Drittperson.

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

⁶⁸ Neuestens ROTH/BERKEMEIER (FN 65), Art. 122 N 9; TRECHSEL/FINGERHUTH (FN 58), Art. 122 N 2; siehe auch GÜNTHER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen, 6. A., Bern 2003, 67 f.; HANS VEST, Vorsatz bezüglich der Übertragung des HI-Virus bei ungeschützten heterosexuellen Sexualkontakten, Bemerkungen zu BGE 125 IV 242, AJP/PJA 9/2000, 1169; JENNY (FN 60), 641; KUNZ (FN 60), 47 f.; billegend aber ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. A., Zürich 2008, 42; HANS SCHULTZ, Urteilsbesprechung BGE 116 IV 125, ZBJV 128/1992, 12.

⁶⁹ ROTH/BERKEMEIER (FN 65), Art. 122 N 9.

⁷⁰ JENNY (FN 60), 641.

⁷¹ Vgl. Urteil des Kassationshofs Kanton Waadt vom 9.1.2001, 12 (Urteil G 016): Vorinstanz hat wegen einfacher Körperverletzung nach Art. 123 StGB 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); vgl. auch Fallvignette B 003 (BGE in diesem Fall).

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

⁷⁵ ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel/Genf/München 2005, 248 f.

⁷⁶ Urteil Kreisgericht Konolfingen vom 5.12.2007 (Fallvignette H 019).

son, 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 bezüglich des Vorsatzes, der ja auch in seiner Willenskomponente auf den Taterfolg gerichtet sein muss.

In der Praxis kann dieses Auseinanderfallen von Tat handlung und Feststellen/Sichtbarkeit der Ansteckung auch besondere Fragen der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts aufwerfen, wenn z.B. offen ist, in welchem Land die Ansteckung erfolgte⁷⁷.

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 erfassten gefährlichen Krankheiten sind solche, die durch Erreger verursacht sind und mittelbar oder unmittelbar auf Menschen übertragen werden können⁷⁸.

Die Lehre verlangt teilweise unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte von Art. 231 StGB, dass der Anwendungsbereich auf sehr ansteckende Krankheiten, also eigentliche Seuchen oder gemeingefährlichen Krankheiten, beschränkt wird⁷⁹. Die Praxis und ein Grossteil der Lehre⁸⁰ befürworten aber einen weiteren Anwendungsbereich; insbesondere wird von der herrschenden Lehre Bezug genommen auf die Verordnung über die Meldung übertragbarer 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 können⁸¹. 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 können⁸².

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 sozialversicherungsrechtlichen Praxis so verfahren werde und kein Grund für eine andere Lösung im Strafrecht bestehe⁸³. Daran hat das Bundesgericht bis heute festgehalten⁸⁴. In der unterinstanzlichen Rechtsprechung sind keine abweichenden Entscheide zu finden gewesen.

Die Voraussetzung der Übertragbarkeit bezüglich 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 Blutkontakt⁸⁵ oder – mit hoher Wahrscheinlichkeit – via Bluttransfusion⁸⁶, hat in der Rechtsprechung⁸⁷ und in der herrschenden Lehre keine Berücksichtigung gefunden, was namentlich von BEGLINGER kritisiert wird⁸⁸.

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 StGB⁸⁹. Das wird damit begründet, dass die

⁷⁷ Urteil Kassationsgericht Kanton Freiburg vom 19.6.1998 (Fallvignette G 018): Frage der *lex mitior*.

⁷⁸ Im Sinne von Art. 2 Abs. 1 EpG.

⁷⁹ BEGLINGER FRIDOLIN, Basler Kommentar Strafrecht II, Kommentierung zu Art. 231, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 231 N 22 mit weiteren Hinweisen.

⁸⁰ GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. A., Bern 2008, 81; TRECHSEL/FINGERHUTH (FN 58), Art. 231 N 1; je mit weiteren Hinweisen.

⁸¹ TRECHSEL/FINGERHUTH (FN 58), Art. 231 N 1.

⁸² STRATENWERTH/BOMMER (FN 80), 81 f., MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Gutachten betreffend der Frage «Ist eine Änderung von Art. 231 StGB (Verbreiten menschlichen Krankheiten) angezeigt?», im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Bern 2007 (zu finden unter <http://www.ekaf.ch>; eingesehen am 10.8.2009), 11 f.

⁸³ BGE 116 IV 125, 133 (Fallvignette A 001); zur Kritik an diesem Prinzip der «einheitlichen Rechtsprechung bezüglich HIV» siehe hinten IV.2., S. 1282.

⁸⁴ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005); BGE 125 IV 242, 245 (Fallvignette A 004).

⁸⁵ Bundesamt für Gesundheit und Aids-Hilfe Schweiz, Broschüre HIV/Aids, Heutiger Wissensstand, Bern 2004, 10 ff.

⁸⁶ BEGLINGER (FN 79), Art. 231 N 23 mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

⁸⁷ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005); BGE 125 IV 242, 245 (Fallvignette A 004); BGE 116 IV 125, 131 ff. (Fallvignette A 001).

⁸⁸ NIGGLI (FN 82), 11; kritisch BEGLINGER (FN 79), Art. 231 N 23 mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

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

Möglichkeit der Ansteckung Dritter durch die angesteckte Person nicht kontrollierbar sei und der Angesteckte weitere Menschen auf irgendwelchen Wegen infizieren könnte⁹⁰.

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 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 verbreiten⁹¹. Die in der Lehre gegen eine solche Strafbarkeit vorgebrachten Argumente sind zwar ehrenhaft, aber dogmatisch kaum überzeugend⁹².

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 und somit der Erreger verbreitet wird⁹³. Das entsprechende Risiko liegt gar höher als die Übertragungswahrscheinlichkeit beim ungeschützten Geschlechtsverkehr⁹⁴.

In der schweizerischen Rechtsprechung sind Anwendungsfälle dieser weiten Interpretation bislang nicht aufgetreten bzw. nicht erörtert worden⁹⁵; 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 legen⁹⁶.

Die Lehre versucht demgemäss, den Anwendungsbereich von Art. 231 StGB einzuschränken. Es wird darauf verwiesen, dass mit der Übertragung nicht ohne Weiteres die für das «Verbreiten» typische Gefahr für unbestimmt viele Men-

schen geschaffen werde⁹⁷. 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 ausscheide⁹⁸. 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 Täters⁹⁹.

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 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 ausbricht¹⁰⁰. Mit dieser Auslegung von Art. 231 StGB würde bezüglich 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 Dritten¹⁰¹. 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 Verjährungsfrist¹⁰² 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 ist¹⁰³. 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

⁹⁰ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005); BGE 125 IV 242, 245 (Fallvignette A 004).

⁹¹ So schon KUNZ (FN 60), 54.

⁹² Vgl. NIGGLI (FN 82), 15 f. mit weiteren Hinweisen.

⁹³ Vgl. dazu aber Entscheide in anderen Rechtsordnungen, Teil 2, II.4.3.2.5., S. 1303.

⁹⁴ AIDS-HILFE SCHWEIZ, *Beziehung und Sexualität*, eine Broschüre für Menschen mit HIV und ihre Partnerinnen und Partner, Zürich 2002, 34 f.

⁹⁵ So lässt BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005) das Thema unerwähnt, obwohl in casu eine solche Selbstansteckung vorliegt.

⁹⁶ Bericht zur Vernehmlassungsvorlage rev.EpG vom 21.12.2007, 71, siehe <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=de> (Zugriff: 16.6.2009).

⁹⁷ TRECHSEL/FINGERHUTH (FN 58), Art. 231 N 12, mit ausführlicher Begründung.

⁹⁸ So ANDREAS DONATSCH/WOLFGANG WOHLERS, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 3. A., Zürich 2004, 71; STRATENWERTH/BOMMER (FN 80), 82, KUNZ (FN 60), 55.

⁹⁹ NIGGLI (FN 82), 13; BEGLINGER (FN 79), Art. 231 N 38.

¹⁰⁰ BEGLINGER (FN 79), Art. 231 N 24, N 26, N 40.

¹⁰¹ So auch NIGGLI (FN 82), 14.

¹⁰² Vgl. Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB: 15 Jahre.

¹⁰³ Vgl. z.B. die Kontroverse um den Begriff bei Art. 221 StGB (Brandstiftung).

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 haben¹⁰⁴.

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. Entsprechend der Mittelbarkeitstheorie wird in der Praxis 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 sei¹⁰⁵.

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 Verwirklichung. Der Strafrahmen bei der vorsätzlichen Tatverwirklichung ist weiter und schärfer als bei der fahrlässigen Variante¹⁰⁶.

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 Rolle¹⁰⁷.

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 bekannte 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.

Aus der Praxis wird namentlich für die Fallgruppe der ungeschützten Kontakte in einer festen Partnerschaft kritisiert, dass die Praxis das geringe Übertragungsrisiko (bezüglich Dritten) zum Anlass des Ausschlusses des Eventualvorsatzes nehme¹⁰⁸.

Kennzeichen der *fahrlässigen Körperverletzung* im Sinne von Art. 125 StGB ist es, dass sorgfaltswidrige Handlungen kausal eine Körperverletzung bewirken. Fahrlässig handelt, wer die Folgen 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 führt¹⁰⁹. 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

¹⁰⁴ Ähnlich NIGGLI (FN 82), 14 f.

¹⁰⁵ BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005); BGE 125 IV 245 (Fallvignette A 004.), je mit weiteren Hinweisen; vgl. für eine ausführliche abweichende Position BEGLINGER (FN 79), Art. 231 N 24 ff.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Zero-risk-doctrine des Bundesgerichts vgl. BGE 125 IV 242, 254 (Fallvignette A 003); kritisch dazu VEST (FN 68), 1169 ff.

¹⁰⁸ Bericht zur Vernehmlassungsvorlage rev.EpG vom 21.12.2007, 71, siehe <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=de> (Zugriff: 16.6.2009).

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

Minimum einzuschränken, das nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ausgeschlossen werden kann¹¹⁰.

Bezüglich der HI-Virus-Übertragung stellt die Gerichtspraxis 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 Sicherheit¹¹¹.

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 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 Risikos». Es ist nämlich im Einzelnen nicht immer klar, wo die Grenze des erlaubten Risikos ver-

läuft. Dem Urteil fehlt leider eine klare Bezugnahme auf das Präventionskonzept der geteilten Verantwortung¹¹².

Im Zusammenhang mit neuen Befunden der Senkung der Infektiosität bei konsequenter Therapie¹¹³ 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 verletzt¹¹⁴.

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 Betroffenen¹¹⁵ oder gar einem sittlichen Wert¹¹⁶ getragen sei, und so im Sinne einer Güterabwägung die Schwere der Verletzung aufwiegt¹¹⁷. Das wird insbesondere bei medizinischen Eingriffen angenommen¹¹⁸.

¹¹² Dazu hinten III.7., 1281.

¹¹³ Siehe dazu, III.6.3., 1279.

¹¹⁴ Dazu allgemein GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. A., Bern 2005, 206 ff.

¹¹⁵ So ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, 8. A., Zürich 2006, 208 f.

¹¹⁶ TRECHSEL/FINGERHUTH (FN 58), Art. 122 N 8.

¹¹⁷ STRATENWERTH (FN 114), 213 f.

¹¹⁸ KURT SEELMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, Kommentierung

¹¹⁰ BGE 134 IV 193 E 7.2 (Fallvignette A 006).

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

In 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 ist¹¹⁹.

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 Risikosphären¹²⁰. 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 veranlasst¹²¹.

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 einzugreifen 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 könnte¹²².

In BGE 131 IV 1¹²³ 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 Körperverletzung¹²⁴ angewendet und ausgeführt:

Bei Sexualkontakten kommt die Herrschaft über das Geschehen grundsätzlich beiden Beteiligten zu. Sie haben es jederzeit in der Hand, noch rechtzeitig abubrechen oder aber ein Kondom zu benutzen bzw. darauf zu beharren, dass der Partner dieses verwendet. Die gegenteilige 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 liegt¹²⁵.

Die seit 2004 geklärte bundesgerichtliche Praxis zur rechtfertigenden Einwilligung in risikobehaftete Sexualkontakte (bezüglich Art. 122 StGB) wurde in einzelnen Urteilen von der kantonalen Rechtsprechung vorweg genommen: So hiess 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 wusste¹²⁶.

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 angenommen¹²⁷. Das setzt voraus,

- dass der HIV-negative Partner vor dem Geschlechtsverkehr über die Infektion aufgeklärt wurde¹²⁸,
- 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 konnte¹²⁹,
- 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 Irrtumfreiheit voraussetzt¹³⁰.

Bezüglich 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 den Umständen von einer so konkretisierten Tatherrschaft des HIV-negativen Partners ausgehen durfte. Ist dies der Fall, so besteht eine Aufhebung des Handlungsunwertes¹³¹ 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

zu Art. 14, 2. A., Basel 2007, vor Art. 14 N 12 ff. mit weiteren Hinweisen.

¹¹⁹ So für die Schweiz grundlegend WEISSENBERGER, 60 ff.

¹²⁰ SEELMANN (FN 118), vor Art. 14 N 15 mit weiteren Hinweisen.

¹²¹ BGE 125 IV 192.

¹²² PHILIPPE WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Diss. Basel 1996, 102 ff.

¹²³ BGE 131 IV 1, 5 ff. (Fallvignette A 005).

¹²⁴ Vgl. dazu grundlegend auch KUNZ (FN 60), 39 ff.

¹²⁵ BGE 131 IV 1, 7 (Fallvignette A 005).

¹²⁶ Urteil Kassationsgericht Waadt vom 26.10.1998, 7 f. (Urteil G 017).

¹²⁷ BGE 131 IV 1, 6 (Fallvignette A 005); BGE 134 IV 193 (Fallvignette A 006); siehe auch WEISSENBERGER (FN 122), 106 mit weiteren Hinweisen.

¹²⁸ SEELMANN (FN 118), vor Art. 14 N 14 mit weiteren Hinweisen, siehe schon HUBER (FN 60), 122 f.

¹²⁹ So im Urteil Obergericht Zürich vom 23.6.2003 (Fallvignette B 003/G 011).

¹³⁰ SEELMANN (FN 118), vor Art. 14 N 20 mit weiteren Hinweisen.

¹³¹ Siehe dazu ausführlich STRATENWERTH (FN 114), 253 ff.

ist aber, dass eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit 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 StGB¹³².

Ob in einem konkreten Fall von ungeschütztem Verkehr zwischen seropositiver und seronegativer Person tatsächlich eine informierte, freiwillige und irrtumsfreie Einwilligung vorliegt, ist beweismässig oft sehr schwierig zu eruieren. In der bisherigen Praxis wurden die Beweisforderungen 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 bezüglich HIV/Aids¹³³ 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 diskutiert¹³⁴. 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 wird¹³⁵.

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 sind¹³⁶.

Genau genommen kann sich die Strafflosigkeit 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 hat¹³⁷. Während die Einwilligung nach geltender Praxis nur Bedeutung bezüglich Art. 122 StGB haben kann, kann wegen erlaubtem Risiko auch eine Bestrafung nach Art. 231 StGB grundsätzlich entfallen.

Insoweit ist von der Rechtsprechung ohne Weiteres anerkannt, dass nicht strafbar sein kann, wer sich an die klassischen Safer Sex-Regeln hält¹³⁸. Diese Grundsätze müssten 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 stattfinden¹³⁹.

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 sucht¹⁴⁰. 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 bezüglich einer Genugtuungsleistung in Abzug gebracht¹⁴¹.

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 ausserge-

¹³² SEELMANN (FN 118), vor Art. 14 N 21.

¹³³ Vgl. BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Nationales HIV/Aids-Programm 2004–2008, Bern 2003.

¹³⁴ 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 19.6.2009).

¹³⁵ Dazu siehe hinten III.6.3., S. 1279.

¹³⁶ BGE 131 IV 1, 5 ff. (Fallvignette A 005).

¹³⁷ Allgemein zu dieser Kategorie STRATENWERTH (FN 114), 158 ff.

¹³⁸ Urteil Kreisgericht Konolfingen vom 5.12.2007 (Fallvignette H 019); Urteil Strafgericht Bezirk La Broye und Nord-Waadts vom 20.4.2004 (Urteil H 009).

¹³⁹ Siehe dazu ausführlich hinten III.6.3., S. 1279.

¹⁴⁰ Urteil Obergericht Kanton Zürich vom 13.6.2005, 36 (Fallvignette G 009).

¹⁴¹ Urteil Obergericht Kanton Zürich vom 23.6.2003, 52 f. (Fallvignette B 003/G 011).

wöhnliches 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 Jahrzehnte konnten aber die Behandlungsmöglichkeiten von HIV erheblich verbessert werden, so namentlich durch die Kombinationstherapien¹⁴².

Schon anfangs der 1990er Jahre musste sich das Bundesgericht in sozialversicherungsrechtlicher und strafrechtlicher Hinsicht mit der Frage befassen, 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 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 zu¹⁴³.

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 können¹⁴⁴.

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 stellte 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 gezogen¹⁴⁵. Es wurde insbesondere auch auf die Nachteile der Beurteilung für die Betroffenen hinsichtlich ihrer psychischen und sozialen Belastung, aber auch bezüglich des Arbeitsrechts und der versicherungsrechtlichen Vorbehalte verwiesen, was den Vorteil einer Leistungspflicht in der Grundversicherung nicht aufwiege¹⁴⁶.

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 bezüglich der entsprechenden Behandlungen und damit die Bewertung des positiven Serostatus als Krankheit im Sinne einer funktionalen Betrachtung geboten sei¹⁴⁷.

Dieses Bild bestätigt sich in Grundzügen in der strafrechtlichen Rechtsprechung bis heute, wobei neue Erkenntnisse Eingang in die Wahrnehmung 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 Kantonsgerichts in einem Urteil vom 19.6.1998¹⁴⁸, 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 spezifisch¹⁴⁹.

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, dass für die Bewertung der HIV-Positivität eine funktionale Betrachtung nötig sei¹⁵⁰.

Das gilt a fortiori generell für die Frage der rechtlichen Bewertung von HIV: Die Beurteilung von HIV als Krankheit in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht, um die entspre-

¹⁴² HAART, Highly Active Anti-Retroviral Therapy.

¹⁴³ BGE 116 IV 125 (Fallvignette A 001).

¹⁴⁴ BGE 116 V 239, 241 f. (Urteil C 001).

¹⁴⁵ SUSANNE LEUZINGER-NAEF, HIV-Infektion und Folgen als vorbehaltsfähige Krankheit, SZS 1992, 65 ff.

¹⁴⁶ MAX KELLER, Rechtliche Bedeutung des Status «HIV-positiv», Basel 1993, 20.

¹⁴⁷ BGE 124 V 118, 125 (Urteil C 003).

¹⁴⁸ Fallvignette G 018.

¹⁴⁹ Urteil Bundesgericht 6S.461/2005 vom 11.1.2006 (Urteil B 004).

¹⁵⁰ BGE 124 V 118, 125 (Urteil C 003).

chenden 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 um so mehr, als die aktuellen hoch effektiven Antiviraltherapien in bestimmten Konstellationen dazu führen, dass die Viruslast weit unter die Nachweisgrenze fällt¹⁵¹.

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 der 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.

Etwas zugespitzt liesse sich sagen, dass die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der HIV-Positivität als Krankheit geradezu 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. Medizinische 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 % aus¹⁵².

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 birgt¹⁵³.

In BGE 131 IV 1, 6¹⁵⁴ 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.

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 vom Bundesgericht bisher nicht beigemessen.

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

Vor dem Hintergrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse¹⁵⁵ hält die Eidg. Kommission für Aids-Fragen (EKAF)

¹⁵² BGE 131 IV 1, 6 (Fallvignette A 005).

¹⁵³ BGE 125 IV 242, 254 (Fallvignette A 003).

¹⁵⁴ Fallvignette A 005.

¹⁵⁵ Vgl. VENZAZZA et al. (FN 18), 165 ff. mit weiteren Hinweisen.

¹⁵¹ VENZAZZA et al. (FN 18), 163 ff.

fest, dass ein serodifferentes Paar¹⁵⁶ 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 Partner¹⁵⁷. Für Gelegenheitsbegegnungen und bei neuen Partnerschaften gelten weiterhin die Safer Sex-Regeln¹⁵⁸. Die EKAF empfiehlt konkret, dass bei neuen Partnerschaften nach drei Monaten konsequenten Schutzes und gegenseitiger Treue ein Bilanztest gemacht werden soll. Danach könne – unter den genannten Voraussetzungen – und bei verbindlichen Abmachungen bezüglich des Schutzes bei Drittbeziehungen – auf das Kondom innerhalb der festen Partnerschaft verzichtet werden¹⁵⁹.

Die neuen Befunde bezüglich 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 neuen Befunde machen in objektiver Hinsicht deutlich, dass HIV-infizierte Personen unter wirksamer Therapie ohne andere Geschlechtskrankheiten als sexuell nicht infektiös gelten müssen, 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 Ver-

wandtschaft der Virus-Stämme vor, die Frage der adäquaten Kausalität¹⁶⁰. Diese fehlt dann, wenn eine Konstellation vorliegt, in der der ungeschützte Geschlechtsverkehr 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 kann¹⁶¹. Wo serodifferente Paare im Rahmen der neuen Empfehlungen sexuellen Verkehr ohne Schutz haben, entfällt im Sinne des erlaubten Risikos jede Strafbarkeit. Das gilt sinngemäss auch hinsichtlich Art. 231 StGB (siehe hinten).

Die unterinstanzliche Gerichtspraxis ist dem in ganz neuen Entscheiden gefolgt¹⁶². Das Bundesgericht musste sich in materieller Hinsicht dieser Frage noch nicht annehmen¹⁶³.

Die Verbesserung der antiretroviralen Therapie, die Grundlage für die neuen Befunde der EKAF ist, verdeutlicht die Notwendigkeit, die bundesgerichtliche Praxis hinsichtlich der Kausalität von Ansteckungssituationen mit der HIV-Übertragung und deren Folgen und dem Umfang des objektiv erlaubten Risikos bei allen Konstellationen der Übertragung des HI-Virus durch sexuelle Kontakte zu überprüfen.

Zumindest muss in subjektiver Hinsicht der Vorsatz entfallen, wenn nach dem Beweisergebnis feststeht, dass der Angeschuldigte, namentlich auf der Basis von behördlichen oder medizinisch fundierten Empfehlungen, 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 Vi-

¹⁵⁶ Das bedeutet, dass der eine Partner HIV-infiziert und der andere HIV-negativ ist.

¹⁵⁷ VENZA et al. (FN 18), 167 f.

¹⁵⁸ Kurz zusammengefasst: Eindringen immer mit Gummi, kein Sperma oder Blut in den Mund.

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ 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, vgl. STRATENWERTH (FN 114), 155.

¹⁶¹ Vgl. dazu allgemein BGE 129 IV 282; BGE 117 IV 61 f.

¹⁶² Im Fall H 021 (Urteil vom 23.2.2009 der Cour de Justice Genf; auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde der Opfer ist das Bundesgericht aus formalen Gründen nicht eingetreten, weshalb bislang eine höchstrichterliche Klärung der Frage fehlt; vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B 260/2009 vom 30.6.2009) und im Urteil des Strafgerichts Genf vom 13.1.2009 (Urteil H 022). Vgl. Urteil Strafgericht Genf (Cour de justice) vom 13.1.2009 (Urteil H 022); Teilreispruch für die Periode, in der die Angeschuldigte eine Tritherapie machte; Urteil des Strafgerichts Genf (Cour de justice) vom 23.2.2009 (Urteil H 021). Vgl. zur Frage der Kausalität auch ROTH/BERKEMEIER (FN 65), Art. 122 N 15 mit weiteren Hinweisen.

¹⁶³ Vgl. Urteil BGE 6B.260/2009 vom 30.6.2009, welches eine Beschwerde gegen ein Urteil des Strafgerichts Genf (Cour de justice) vom 23.2.2009 (Urteil H 021) aus formellen Gründen zurückwies.

ruslast, 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).

Im Lichte der bisherigen strengen bundesgerichtlichen Praxis ist davon auszugehen, dass in Fällen, wo der HIV-Infizierte die ärztlichen Therapievorgaben oder die ärztlich empfohlene Wartezeit für den Sexualkontakt ohne Kondom in Partnerschaften nicht einhält, auf jeden Fall weiterhin vom Vorsatz ausgegangen werden wird.

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 fälschlicherweise angenommen hat, er sei HIV-infiziert, so liegt ebenfalls ein (sog. untauglicher) Versuch vor¹⁶⁴. Da die Bestrafung wegen Versuchs eines Delikts aber immer zur Voraussetzung hat, dass der Angeschuldigte 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 Versuchs ausgeschlossen.

7. Der Diskurs um Prävention und Public Health in den Urteilen, insbesondere 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 Krankenversorgung¹⁶⁵. Die Mittel dazu bilden die STOP-AIDS-Kampagnen und zielgruppenspezifische Information und Beratung¹⁶⁶. Das Präventionsmodell basiert auf der doppelten Verantwortung sowohl der HIV-positiven als auch der HIV-negativen Bevölkerung generell, aber auch im konkreten Falle sexueller Kontakte¹⁶⁷. Diese «new Public Health-Strategie»¹⁶⁸ basiert auf der Lernfähigkeit der Individuen, was verantwortliches

Verhalten aller Menschen und die Nichtausgrenzung der von HIV/Aids Betroffenen zwingend notwendig macht¹⁶⁹.

Die Frage der Prävention stellt sich einerseits im Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlich geprägten epidemierechtlichen Umgang mit HIV/Aids¹⁷⁰, genauso aber auch bezüglich der strafrechtlichen Bearbeitung, insbesondere im Zusammenhang mit dem Art. 231 StGB als Gemeingefährdungsdelikt, das als strafrechtliche Flanke des Epidemierechtes betrachtet werden kann¹⁷¹.

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 bezüglich HIV/Aids¹⁷² entspricht.

Bezüglich 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. 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 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 seropositiven Partner um so weniger angezeigt.

IV. Kritische Analyse der geltenden Praxis zum strafrechtlichen Umgang mit HIV/Aids

Im Folgenden soll die dargestellte Praxis zum strafrechtlichen Umgang mit HIV/Aids strafrechtsdogmatisch und kriminologisch kritisch analysiert werden. Eine ergänzende Analyse der Anwendung von Art. 231 StGB vor dem Hintergrund des epidemiologischen Public-Health-Präventions-

¹⁶⁴ Urteil BGer 6S.358/2003 vom 27.10.2004 (Urteil B 003).

¹⁶⁵ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 133), 51.

¹⁶⁶ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 133), 18 ff.

¹⁶⁷ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 133), 53.

¹⁶⁸ Vgl. MIKE SCHÜPACH/PETER FORSTER/THOMAS ZELTNER, Krankheitsbekämpfung, in: Tomas Poledna/Ueli Kieser (Hrsg.), Gesundheitsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. VIII, Zürich 2005, N 20.

¹⁶⁹ KURT PÄRLI/ALEXANDRA CAPLAZI/CAROLINE SUTER, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Situation in Kanada, Grossbritannien, Frankreich, Deutschland und der Schweiz, Bern 2007, 69; BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 133), 10.

¹⁷⁰ Vgl. dazu PÄRLI/MÖSCH PAYOT, Teil 2, IV., S. 1307 ff.

¹⁷¹ Siehe auch NIGGLI (FN 82), 3 ff.

¹⁷² Vgl. BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 133), 1 ff.

ansatzes und unter Berücksichtigung internationalrechtlicher und rechtsvergleichender Überlegungen findet sich am Ende des zweiten Aufsatzes der Autoren in diesem Heft¹⁷³.

1. Wichtigste Erkenntnisse aus der empirischen Analyse der HIV-Strafurteile

Gegenstand strafrechtlicher Beurteilung im Zusammenhang mit HIV/Aids sind Sexualekontakte, 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.

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 sexuellen 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 Körperverletzung¹⁷⁴.

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 Sexualekontakten 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 bezüglich 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 in 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 Antiviralthérapien dazu führen, dass die Viruslast weit unter die Nachweisgrenze fällt¹⁷⁵. 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 sei¹⁷⁶. 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 der 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, dass eine solche Behandlung möglichst aufgenommen und weitergeführt 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. Die 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 nach-

¹⁷³ Siehe Teil 2, IV.3., S. 1311.

¹⁷⁴ Vgl. BGE 131 IV 1 (Fallvignette A 005).

¹⁷⁵ VENAZZA et al. (FN 18), 163 ff.

¹⁷⁶ BGE 124 V 118, 125 (Urteil C 003).

weisbaren 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. Opfermitverantwortung und Einwilligungsmöglichkeit

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 bezüglich HIV/Aids¹⁷⁷ 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 Straflosigkeit 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 das 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.

Bezüglich 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.

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 Risikoübernahme 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 entgegenwirken, zumal die Gefahr besteht, dass dann die Betroffenen vermehrt darauf verzichten würden, sich testen zu lassen.

4. Kriminalpolitische Einbettung der bisherigen Rechtsprechung zu HIV/Aids in der Schweiz

Das Festhalten am Lebensgefahr-Dogma bezüglich Art. 122 Abs. 1 StGB ist, wie die wenig flexible Rechtsprechung zu Art. 231 StGB, geprägt von der Idee von HIV/Aids als Ausnahmephänomen¹⁷⁸.

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 zurückgenommen¹⁷⁹.

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 Strafdiskurs¹⁸⁰, 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 ohne dogmatische Notwendigkeit Vorsatz und Schuld der HIV-positiven Person angenommen werden¹⁸¹, wohingegen verminderte Zurechnungsfähigkeit oder gar Unzurechnungsfähigkeit, wie dargestellt, nur sehr selten zur Anwendung gelangen¹⁸².

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 Beobachtenden¹⁸³.

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 Problembewälti-

¹⁷⁸ ROSENBRÖCK et al. (FN 61), 7 ff.; NIGGLI (FN 82), 3 f.

¹⁷⁹ So auch NIGGLI (FN 82), 3 f.

¹⁸⁰ Siehe dazu ausführlich PETER MÖSCH PAYOT, *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, 67 ff.

¹⁸¹ Siehe III.4., S. 1274.

¹⁸² Siehe II.2.3., S. 1267.

¹⁸³ KARL-LUDWIG KUNZ, *Grundzüge der heutigen Kriminalpolitik*, NK 17/2005 Heft 4, 151 ff.; MÖSCH PAYOT (FN 180), 90 ff.

¹⁷⁷ Vgl. BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 133), 1 ff.

gungskapazität suggeriert, die verängstigte Zuschauerschaft beruhigt und so letztlich Legitimation und Stabilisierung staatlicher Herrschaft gesucht. Es geht um eine Umorientierung von Strafrecht von der Nützlichkeit zur Eindringlichkeit. Dabei werden rechtsstaatliche Beschränkungen des Strafrechts genau so gefährdet, wie dessen Bindung an konkrete gesellschaftliche Nutzenstiftung, zum Beispiel im Sinne der Prävention¹⁸⁴.

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 inszeniert¹⁸⁵. 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 Feindstrafrecht¹⁸⁶.

Vor diesem allgemeinen kriminalpolitischen Hintergrund überrascht es wenig, dass 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 gleichzeitig geprägt vom Paradigma der individuellen Verantwortung und der ökonomisch begründeten Selektionierung des Einsatzes von Strafrecht¹⁸⁷. Diese Entwicklungen stehen in einem Span-

nungsverhältnis zu den vorgenannten 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 HIV/Aids thematisiert wird, könnten auf fruchtbaren Boden fallen und für die rationale Rücknahme von Strafrecht genutzt werden.

Es ist allerdings auch möglich, dass sich die Idee des Feindstrafrechts mit derjenigen der Selbstverantwortung verbindet, und so einseitige und weitgehende Sorgfalts- und Aufklärungspflichten legitimiert werden. Es ist zu hoffen, dass BGE 134 IV 193¹⁸⁸ eine Ausnahme darstellt und nicht als Fanal wirkt für eine massive strafrechtliche Aufrüstung gegen HIV/Aids-Betroffene oder potentiell Betroffene¹⁸⁹.

¹⁸⁸ BGE 134 IV 193 (Fallvignette A 006).

¹⁸⁹ Kritisch auch DOMINIK BACHMANN, Bundesgericht verschärft Praxis bei der Bestrafung der Übertragung des HI-Virus, in: Jusletter vom 24. November 2008.

¹⁸⁴ KARL-LUDWIG KUNZ, *Kriminologie*, 5. A., Haupt UTB, Bern 2008, 318 ff. mit weiteren Hinweisen; MÖSCH PAYOT (FN 180), 96 f.; grundlegend WINFRIED HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NSTz 9/1990, 553 ff.

¹⁸⁵ NIELS CHRISTIE, *The ideal victim*, in: Ezzat A. Fattah (Hrsg.), *From Crime Policy to Victim Policy*, London, 1 ff.; KUNZ (FN 184), 320 f.

¹⁸⁶ DANIEL S. CLASTER, *Bad guys and good guys, Moral Polarization and Crime*, Westport Conn., London 1992, 1 ff.; GÜNTHER JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in: Yu-hsiu Hsu (Hrsg.), *Foundations and limits of criminal law and criminal procedure, An anthology in memory of Prof. Fu-Tseng Hung*, Taipei, 41 ff.

¹⁸⁷ DAVID GARLAND, *The Culture of Control, Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago 2001, 117 ff.; MÖSCH PAYOT (FN 180), 100 ff.

Dans la première partie, les auteurs présentent de manière empirique les faits des jugements pénaux prononcés en matière de VIH/sida en Suisse entre 1990 et 2009: 39 jugements dans 36 cas ont pu être trouvés. Dans la plupart des cas, il s'agissait de rapports hétérosexuels non protégés et librement consentis. Dans la seconde partie, une analyse dogmatique des jugements révèle notamment que l'état de fait subjectif était, jusqu'à il y a peu, généralement admis, indépendamment des probabilités de contamination parfois très faibles lors de certaines relations sexuelles non protégées. Il faut signaler que la diminution considérable du risque de contamination grâce au traitement médicamenteux a eu, depuis peu, des retombées dans les premiers jugements prononcés par les instances inférieures et a abouti à des acquittements dans certains cas. Ce sont surtout les normes relatives aux lésions corporelles, art. 122 ss CP, qui s'appliquent aux cas de transmission du VIH/sida. Dans cette mesure, le consentement éclairé à des rapports non protégés fait disparaître l'illicéité. La transmission du VIH est également réprimée par l'art. 231 CP en tant que propagation d'une maladie de l'homme, indépendamment du consentement du lésé aux contacts dangereux. La personne séropositive assume ainsi unilatéralement la responsabilité, ce qui est une tendance générale de la politique criminelle, mais qui est en contradiction avec le message de prévention lié à la responsabilité partagée.

(trad. LT LAW-TANK, Fribourg)

Anhang: Übersicht Verurteilungsgrund und Strafmass sämtlicher Fälle

Tabelle 9 Verurteilungsgrund und Strafmass¹⁹⁰

Nr.	Gericht	Jahr	Verurteilt nach Artikel	Strafmass	Weiterführende Instanz/ Vorinstanz mit Urteilen in Fallsammlung
A001	BGer; BGE 116 IV 125	22.2.1990	StGB 122; 231	3½ 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 ¹⁹¹	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 ¹⁹²	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 Neuurteilung	
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 ¹⁹³	BGer	11.1.2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch)	Ablehnung Nichtigkeitsbeschwerde	
B005	BGer	11.7.2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch)	2½ 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)	
G005	Obergericht des Kantons Zürich	29.10.2001	StGB 123; 125; 231 (und BetMG 19)	3½ Jahre Zuchthaus; 10 J. Landesverweis	
G006	Obergericht des Kantons Zürich	21.3.2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch) und weitere Delikte	2¼ Jahre Zuchthaus, ambulante Behandlung nach aStGB 43 ohne Strafaufschub	
G007	Obergericht des Kantons Zürich	31.5.2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch)	2½ Jahre Zuchthaus	Weiterführende Instanz siehe B 006 Bundesgericht
G008	Obergericht des Kantons Zürich	30.6.2006	StGB 122/22; 231/22 (Versuch)	2¼ 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 AVIG 105	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

¹⁹⁰ Die Nummerierung verweist auf die elektronische Fallsammlung: A = veröffentlichte Bundesgerichtsentscheide, B = unveröffentlichte Bundesgerichtsentscheide, G = Entscheide kantonalen Obergerichte, H = Erstinstanzliche Gerichte

¹⁹¹ Betrifft denselben Angeklagten wie A 004.

¹⁹² Betrifft denselben Angeklagten wie A 003.

¹⁹³ Erneutes Urteil des Bundesgerichtes nach Neuurteilung der Vorinstanz im Falle A 005.

Nr.	Gericht	Jahr	Verurteilt nach Artikel	Strafmass	Weiterführende Instanz/ Vorinstanz mit Urteilen in Fallsammlung
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 Strafergericht Bezirk Vevey (hatte nach StGB 231 verurteilt)		
G018	Kassationshof, Kantonsgericht Fribourg	19.6.1998	Aufhebung des Urteils der Vor- instanz (hatte nach StGB 122, 125 und 231 verurteilt)	–	
G019	Kassationshof, Strafgericht, Neuenburg	5.9.2005	Rückweisung an Vorinstanz zur Neuurteilung (hatte nach StGB 231 verurteilt, nicht aber nach 122); kein Fall von HIV, sondern Hepatitis B-Über- tragung	–	
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 50 000	
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 Val-de-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 ¹⁹⁴	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 ¹⁹⁵	Bezirksgericht Rheinfelden	18.2.2004	StGB 122/22; 231/22 (Versuch) und Sexualdelikte (187, 197)	2¼ 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, Bezirk Lausanne	5.10.2005	StGB 122; 231	2½ Jahre Gefängnis	Weiterführende Instanzen 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

¹⁹⁴ Betrifft denselben Angeklagten wie H 008, aber andere Sach-
verhalte.

¹⁹⁵ Betrifft denselben Angeklagten wie H 007, aber andere Sach-
verhalte.

Nr.	Gericht	Jahr	Verurteilt nach Artikel	Strafmass	Weiterführende Instanz/ Vorinstanz mit Urteilen in Fallsammlung
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	
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 bezüglich 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	23.2.2009	Freispruch StGB 122; 231	18 Monate Freiheitsstrafe unbedingt erstinstanzlich, Rekursentscheid mit Freispruch	Bundesgericht. Urteil 6B 260/2009 vom 30.6.2009: Nichteintretensentscheid aus formellen Gründen.
H022	Cour correctionelle Genf	13.1.2009	StGB 122; 23 Freispruch 122 in zwei Fällen	Zwei Jahre Freiheitsstrafe bedingt CHF 25 000 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