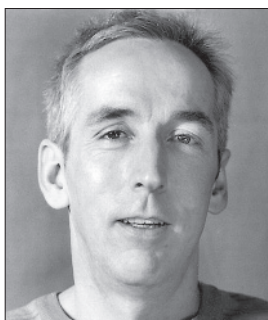


# Der strafrechtliche Umgang mit HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen

## Teil 2: Rechtsvergleich, menschenrechtlicher Kontext und präventionspolitische Aspekte



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



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

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtsvergleich
  1. Übersicht und Vorgehen
  2. Weltweiter Trend zur Kriminalisierung der HIV-Übertragung
    - 2.1. Allgemeine Übersicht
    - 2.2. Prävention durch Strafrecht: Gesetzgebung und Rechtsprechung in US-Gliedstaaten
      - 2.2.1. Strafrechtsnormen gegen die HIV-Übertragung
      - 2.2.2. Rechtsprechung
      - 2.2.3. Umstrittene Wirkung der Strafrechtsnormen
  3. Die HIV-Übertragung als Delikt gegen die öffentliche Gesundheit und besondere Verhaltenspflichten für Menschen mit HIV/Aids
    - 3.1. Die Situation in Österreich
      - 3.1.1. Die relevanten Straf- und Verwaltungsnormen
      - 3.1.2. Art und Häufigkeit von Strafurteilen
      - 3.1.3. Ausgewählte Gerichtsurteile
      - 3.1.4. Das österreichische Aids-gesetz
      - 3.1.5. Würdigung der Rechtslage und -praxis in Österreich
    - 3.2. Die Rechtslage in Schweden
      - 3.2.1. Die einschlägigen Strafrechts- und Epidemienrechtsnormen
      - 3.2.2. Gerichtspraxis
      - 3.2.3. Der Fall *Enhorn* vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte: Grenzen der Verhaltensprävention
  4. Die Rechtslage in Deutschland, den Niederlanden und in Kanada
    - 4.1. Die Situation in Deutschland
      - 4.1.1. Die HIV-Übertragung als gefährliche Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuches
      - 4.1.2. Berücksichtigung neuerer medizinischer Erkenntnisse über die Infektiosität
      - 4.1.3. Keine epidemienrechtliche Strafnorm
    - 4.2. Die Rechtslage in den Niederlanden
      - 4.2.1. Die relevanten Strafrechtsnormen
      - 4.2.2. Gerichtspraxis

- 4.3. Die Rechtslage in Kanada
  - 4.3.1. Die (möglichen) Normen zur Bestrafung der HIV-Übertragung
  - 4.3.2. Ausgewählte Gerichtsfälle
  - 4.3.3. Häufigkeit von Verurteilungen und Täter/innenprofile
  - 4.3.4. Fazit und Diskussion
5. Zusammenfassendes Fazit
- III. Menschenrechtlicher Kontext
  1. Ausgangslage und Orientierung: Staatlicher Umgang mit HIV/Aids im Spiegel der Menschenrechte
  2. Positionen gegen die Kriminalisierung der HIV-Übertragung
    - 2.1. Die Haltung der UNAIDS
    - 2.2. Zehn Gründe gegen die Kriminalisierung: Das Argumentarium des «Open Society Institutes»
- IV. Der «new Public Health-Ansatz» zur Bekämpfung der HIV-Infektion
  1. Die epidemienrechtliche Ausgangslage
  2. Die Entscheidung für einen «new Public Health Ansatz»
    - 2.1. Ablehnung gesundheitspolizeilicher Zwangsmassnahmen
    - 2.2. Die Entscheidung für das Primat der Prävention, Information und Beratung
    - 2.3. Die HIV-Infektion als meldepflichtige Krankheit
    - 2.4. Fortführung bewährter Grundsätze unter veränderten Voraussetzungen
    - 2.5. Kritik am Verzicht auf gesundheitspolizeiliche Massnahmen
    - 2.6. Würdigung
  3. Die laufende Revision des Epidemien-gesetzes
    - 3.1. Allgemeines
    - 3.2. Für die HIV/Aids-Bekämpfung relevante Änderungen
    - 3.3. Revision Art. 231 StGB

### I. Einleitung

In vielen Staaten und darunter auch in der Schweiz wurde zu Beginn der Aids-Epidemie in den achtziger Jahren von Ärzten und Politikern vorgeschlagen, HIV-Infizierte zur Vermeidung von Neuansteckungen mit einer Tätowierung im Genitalbereich zu kennzeichnen<sup>1</sup>. Rasch kam auch der Ruf nach einer harten Bestrafung von HIV-positiven Personen, die ungeschützten Geschlechtsverkehr ausübten. Wie in den Ausführungen im ersten Teil dieses Aufsatzes gezeigt wurde (siehe S. 1261 dieses Hefts), wurden in der Schweiz in den letzten zwanzig Jahren über fünfzig Strafurteile wegen ungeschützten Geschlechtsverkehrs gefällt. Damit nimmt die

<sup>1</sup> KAI BAUMANN, Eine kurze Geschichte der Tätowierung im Lichte der kriminologischen Forschung, in: Kai Baumann/Heino Stöver (Hrsg.), Tätowierungen im Strafvollzug, Oldenburg 2006, 43.

Schweiz im europäischen Vergleich einen Spitzenplatz ein. Die HIV-Übertragung wird indes nicht nur in der Schweiz strafrechtlich verfolgt; in zahlreichen Staaten kritisieren Strafrechtler/innen und Aidsorganisationen eine zunehmende Kriminalisierung<sup>2</sup>. Vorliegend interessiert, mit welchen strafrechtlichen Instrumenten in den jeweiligen Staaten die HIV-Übertragung sanktioniert wird. In Teil II dieses Beitrages wird die Situation in Deutschland, Österreich, Schweden, den Niederlanden, der USA (bzw. einzelner Gliedstaaten) und Kanada dargestellt. In den Rechtsvergleich einbezogen werden auch Studien zur Wirksamkeit der Kriminalisierung der HIV-Übertragung.

«AIDS», sagte Nelson Mandela an der Aids Konferenz 2002 in Durban, «is no longer [just] a disease. It is a human rights issue». Auch die strafrechtliche Verfolgung der HIV-Übertragung ist menschenrechtlich nicht unbedenklich, zumindest dann nicht, wenn die strafrechtliche Verfolgung sich besonders gegen Personen richtet, die einer ohnehin verletzlichen Gruppe angehören<sup>3</sup>. Der menschenrechtliche Kontext der Strafbarkeit der HIV-Übertragung wird im dritten Teil des vorliegenden Beitrages näher dargestellt. Anschliessend (IV: Der «new Public Health-Ansatz» zur Bekämpfung der HIV-Infektion) wird die epidemienrechtlich nicht repressive und gerade (auch) deshalb erfolgreiche HIV/Aids-Politik der Schweiz nachgezeichnet. Darauf aufbauend folgt abschliessend eine Auseinandersetzung mit der im Rahmen der laufenden Revision des Epidemiengesetzes diskutierten Änderung von Art. 231 StGB.

## II. Rechtsvergleich

### 1. Übersicht und Vorgehen

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

reich in besonderen Gesetzen verankerte Verhaltenspflichten von Menschen mit positiver HIV-Diagnose.

In praktisch allen Rechtsordnungen wird die HIV-Übertragung in der einen oder anderen Form als Körperverletzung geahndet und die Täter/innen werden gestützt auf die einschlägigen Strafnormen bestraft. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit wird in diesem Kapitel dargestellt, wie die Gerichte in ausgewählten Rechtsordnungen auf verschiedene Fallkonstellationen bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr mit oder ohne daraus resultierender HIV-Übertragung reagieren. Besonderes Augenmerk wird neben Österreich und Schweden auf die Rechtsordnungen *Deutschlands*, der *Niederlande* und *Kanadas* gerichtet. Deutschland bietet sich angesichts geographischer Nähe und politisch und kultureller Ähnlichkeit an. In den Niederlanden hat das höchste niederländische Gericht im Jahre 2005 einen wegweisenden Freispruch-Entscheid gefällt<sup>4</sup>. Eine Auseinandersetzung mit der Rechtslage in Kanada schliesslich bietet sich an, weil hier die Frage der Strafbarkeit der HIV-Übertragung durch die Organisation «Aidslaw» unter Aids-Policy Gesichtspunkten intensiv diskutiert wird<sup>5</sup>.

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

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

### 2. Weltweiter Trend zur Kriminalisierung der HIV-Übertragung

#### 2.1. Allgemeine Übersicht

Es gibt keine offiziellen (UN) Statistiken, die eine weltweite Übersicht zur Strafbarkeit der HIV-Übertragung in den verschiedenen Staaten beinhalten. Die *UNAIDS* veröffentlicht auf ihrer Homepage Policypapiere, statistische Angaben zur Kriminalisierung sind indes nicht zu finden. Das «Global Network of people living with HIV/Aids» (GNP+) hat sich im Jahre 2008 zum Ziel gesetzt, zusammen mit seinen regionalen Partnern «to collect and keep up to date information on

<sup>2</sup> KURT PÄRLI, Menschenrechte und Diskriminierungsschutz als Grundlage der HIV-Politik, in: Claudia Lohrenscheit (Hrsg.), Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht, Berlin 2009, 217 ff., 223.

<sup>3</sup> UNAIDS, Criminalization of HIV Transmission, Policy Brief, Geneva 2008, 7.

<sup>4</sup> Supreme Court of the Netherlands, Criminal Division, Judgment of 18<sup>th</sup> January 2005, Case No. LJN ARI 1860.

<sup>5</sup> Canadian HIV/Aids legal network, siehe <http://www.aidslaw.ca> (Zugriff 15.1.2009).

national or state level laws criminalising the transmission of or exposure to HIV transmission, to provide an easily accessible «clearing-house» of resources, research, and initiatives on the subject to provide a platform for advocacy initiatives»<sup>6</sup>. Dank einem weltweiten Korrespondentennetz besteht heute Einblick in die Kriminalisierung in fast allen Staaten der Welt.

Im Jahre 2005 veröffentlichte die GNP+ Europe zusammen mit der Organisation «Terrence Higgins Trust» eine Untersuchung aus dem Jahre 2004 über die Kriminalisierung der HIV-Übertragung in den europäischen Staaten. Dabei fällt auf, dass aus Schweden, Österreich und der Schweiz mit Abstand am meisten Strafrechtsurteile gemeldet wurden: In all diesen Staaten kam es bis 2004 zu mehr als 30 Verurteilungen, während in den meisten anderen Staaten weniger als zehn Urteile gefällt wurden<sup>7</sup>. In den Jahren zwischen 2005 und 2007 ist in einigen europäischen Staaten ein Anstieg an Verurteilungen festzustellen. So wurden in der Untersuchung im Jahre 2004 betreffend Dänemark für die Jahre 1993 bis 2004 insgesamt zwölf Verurteilungen gemeldet, im Jahre 2008 waren es bereits 18<sup>8</sup>. Auch in Frankreich<sup>9</sup> und Norwegen<sup>10</sup> kam es zwischen 2005 und 2008 zu deutlich mehr Verurteilungen als in den früheren Jahren.

Verschiedene osteuropäische Staaten haben in den letzten Jahren zudem HIV/Aids-spezifische Strafnormen geschaffen. So hat Serbien beispielsweise im Jahre 2005 eine neue Bestimmung in das Strafgesetzbuch aufgenommen, die ausdrücklich an das Verhalten HIV-positiver Personen anknüpft<sup>11</sup>. Nach Art. 250 des serbischen Strafgesetzbuches werden sowohl das Schaffen einer Infektionsgefahr als auch die Nichteinhaltung von Präventionsregeln wie die tatsächliche Übertragung des HI-Virus unter Strafe gestellt. Die

Strafandrohung liegt zwischen sechs Monaten Gefängnis für die fahrlässige Begehung des Deliktes und bis zu 15 Jahren Gefängnis für die vorsätzliche Übertragung des HI-Virus mit Todesfolge. Ähnliche Gesetze wurden in der Slowakei<sup>12</sup> und Rumänien<sup>13</sup> eingeführt<sup>14</sup>.

Zahlreiche westafrikanische Staaten haben ein im Jahre 2004 entwickeltes Modellgesetz übernommen<sup>15</sup>. Dieses sieht u.a. vor, dass jede HIV-positive Person ihre Ehegatten bzw. regelmässigen Sexualpartner über die Infektion informieren muss. Erfolgt diese Information nicht innert sechs Wochen, haben die Teststellen das Recht, gegen den Willen des HIV-positiven Patienten die Sexualpartner zu informieren<sup>16</sup>. In bestimmten Konstellationen sind HIV-Tests zwangsweise durchführbar<sup>17</sup>. Die Übertragung des HI-Virus ist strafbar, auch wenn die Übertragung von der Mutter auf das Kind erfolgt<sup>18</sup>.

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

### 2.2.1. Strafrechtsnormen gegen die HIV-Übertragung

In nicht weniger als 24 US-Gliedstaaten existieren Gesetze, die HIV-positiven Personen strafbewehrte Verhaltenspflichten

<sup>6</sup> Siehe die Dokumentation zur Erhebung unter: <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (Zugriff 9.1.2009).

<sup>7</sup> Siehe den Schlussbericht der Studie unter: <http://www.gnpplus.net/criminalisation/download.shtml> (Zugriff 9.1.2009).

<sup>8</sup> Für das Ergebnis der Studie im Jahre 2004 siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation/denmark.shtml> (Zugriff 9.1.2009) und für das Ergebnis im Jahre 2008 siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu «Europe-Central Asia» und suche nach «Denmark», Zugriff 9.1.2009).

<sup>9</sup> Gemäss der Untersuchung im Jahre 2004 kam es seit Beginn der HIV-Infektion bis 2004 zu lediglich 2–4 Verurteilungen, gemäss den Angaben von GNP+ wurden 2008 kumuliert 15 Fälle gemeldet. Quellen: <http://www.gnpplus.net/criminalisation/france.shtml> (Zugriff 9.1.2009) und <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu «Europe-Central Asia» und suche nach «France», Zugriff 9.1.2009).

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

<sup>11</sup> Siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu «Europe-Central Asia» und suche nach «Serbia», Zugriff 9.1.2009).

<sup>12</sup> Siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu «Europe-Central Asia» und suche nach «Slovakia», Zugriff 9.1.2009).

<sup>13</sup> Siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu «Europe-Central Asia» und suche nach «Romania», Zugriff 9.1.2009).

<sup>14</sup> Für eine Gesamtübersicht siehe die «Verdict on a Virus – Public Health, Human Rights and Criminal Law, table of Countries and Laws», 42 ff. (Quelle: <http://www.stigmaindex.org/36/press-releases/verdict-on-a-virus.html> (Zugriff 9.1.2009)). Siehe weiter den Beitrag von EDWIN J. BERNHARD, «Criminal HIV transmission and exposure laws spreading around the world «like a virus»», Quelle: <http://criminalhivtransmission.blogspot.com/2008/08/criminal-hiv-transmission-and-exposure.html> (Zugriff 9.1.2009).

<sup>15</sup> Siehe: «Law on prevention, care and control of HIV/Aids» (No. 2005-31 of 5 April 2006) in Benin; «Law on prevention, care and control of HIV/Aids» (No. 2005-25) in Guinea; «Framework law relating to the prevention, treatment and control of HIV/Aids» in Guinea-Bissau; «Law establishing rules relating to the prevention, care and control of HIV/Aids» (No. 06-28 of 29 June 2006) in Mali; «Law relating to the prevention, care and control of Human Immunodeficiency Virus (HIV)» (No. 2007-08 of 30 April 2007) in Niger; «The Prevention and Control of HIV and Aids Act (2007)» in Sierra Leone; the «Law on the protection of people with respect to HIV/Aids» (No. 2005-012) in Togo.

<sup>16</sup> Art. 26 des Modellgesetzes, Quelle: RICHARD PEARSHOUSE, Legislation contagion: the spread of problematic new HIV laws in Western Africa, *HIV/Aids Policy & Law Review* 12 (2/3).

<sup>17</sup> Art. 18 des Modellgesetzes (FN 16).

<sup>18</sup> Art. 36 des Modellgesetzes (FN 16).

für den Sexualverkehr auferlegen<sup>19</sup>. Die Strafandrohungen variieren zwischen einer einjährigen Gefängnisstrafe oder Busse (z.B. Virginia<sup>20</sup>) und einer Maximalstrafe von 30 Jahren Gefängnis (Arkansas<sup>21</sup>)<sup>22</sup>. Ratio legis dieser Gesetzgebung bildet die Idee, dass informierte Sexualpartner eher bereit sind, die nötigen Schutzmassnahmen gegen die HIV-Übertragung zu ergreifen<sup>23</sup>.

Im Staat Florida bestimmt Paragraph 384.24, section 2 (Florida state act)<sup>24</sup>: «It is unlawful for any person who has HIV, with knowledge of such infection and having been informed that he or she may communicate it to others through sexual intercourse, to have sexual intercourse with any other person, unless the other person has been informed of the presence of HIV and has consented to the sexual intercourse.» Das Gesetz differenziert sichtlich nicht nach Art der sexuellen Aktivitäten. Unabhängig davon, ob der Sexualakt geschützt oder ungeschützt geschieht, machen sich HIV-Positive strafbar, wenn sie ihre Sexualpartner nicht informieren. Andererseits hebt der «informed consent» des Sexualpartners die Strafbarkeit des geschützten wie des ungeschützten Sexualaktes auf. Im Staat Iowa gilt nach Paragraph 709C.1 des Iowa Code ein strafbewehrtes Verbot für Intimkontakte («intimate contact means the intentional exposure of the body of one person to a bodily fluid of another person in a manner that could result in the transmission of HIV»). Der Code sieht indes vor, dass die Strafbarkeit entfällt, wenn der HIV-negative Sexualpartner den positiven HIV-Status sei-

nes Partners kennt und im Wissen um die Risiken des ungeschützten Geschlechtsverkehrs dazu eingewilligt hat (It is an affirmative defence that the person exposed to HIV knew of the other person's HIV positive status, knew that the action of exposure could result in transmission of HIV, and consented to the action of exposure with that knowledge)<sup>25</sup>.

Von den insgesamt 24 Gliedstaaten, die HIV/Aids-spezifische Strafrechtsbestimmungen kennen, unterscheidet einzig das Gesetz in Kalifornien zwischen strafbarem ungeschützten Geschlechtsverkehr und nicht strafbarem geschützten Geschlechtsverkehr. Die fragliche Bestimmung im California Health and Safety Code, § 120291, lautet: «Any person who exposes another to HIV by engaging in unprotected sexual activity (anal or vaginal intercourse without a condom) when the infected person knows at the time of the unprotected sex that he or she is infected with HIV, has not disclosed his or her HIV-positive status, and acts with the specific intent to infect the other person with HIV, is guilty of a felony. A person's knowledge of his or her HIV-positive status, without additional evidence, is not sufficient to prove specific intent»<sup>26</sup>. Diese Strafnorm beschränkt die Strafbarkeit des Geschlechtsverkehrs HIV-positiver Menschen in mehrfacher Weise: Zum einen entfällt die Strafbarkeit bei geschütztem Geschlechtsverkehr und beim geschützten oder ungeschützten Oralverkehr, zum anderen hat die Information des Sexualpartners über den Serostatus zur Folge, dass auch der ungeschützte Geschlechtsverkehr nicht bestraft wird. Der ungeschützte Geschlechtsverkehr ohne Information über den HIV-Status an den Geschlechtsverkehrspartner wird schliesslich nur dann bestraft, wenn eine Infektionsabsicht vorliegt. Präzisierend hält die Bestimmung weiter fest, dass die Kenntnis des (eigenen) HIV-Status alleine nicht ausreicht, um eine Infektionsabsicht zu beweisen<sup>27</sup>.

## 2.2.2. Rechtsprechung

Seit Beginn der Verbreitung von HIV bis 2008 kam es auf dem gesamten Gebiet der USA zu 345 gerichtlichen Anklagen gegen Menschen mit HIV/Aids der (tatsächlichen oder versuchten) Übertragung des HI-Virus. 205 Personen wurden verurteilt<sup>28</sup>. Die Anklagen und Verurteilungen bis zum Jahre

<sup>19</sup> Siehe insbesondere: Ark. Code Ann. § 5-14-123; Stat. Ann. § 21-3435; La. Rev. Stat. § 14:43.5; Md. Code Ann. § 18-601.1; Mich. Comp. Law Serv. § 333.5210; Vernon's Mo. Rev. Stat. § 191.677; Nev. Rev. Stat. § 201.205; N.J. Stat. § 2C:34-5; N.D.Cent. Code, § 12.1-20-17; Ohio Rev. Code Ann. § 2903.11; 21Okla. Stat. § 1192.1; C. Code Ann. § 44-29-145; D. Codified-Laws § 22-18-31; Tenn. Code Ann. § 39-13-109; Va. Code Ann. § 18.2-67.4:1; Wash. Rev. Code Ann. § 9A.36.011. Die einschlägigen Normen finden sich in einer Gesamtübersicht, die von einer NGO zusammengetragen wurde, siehe: [http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs\\_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf](http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf) (Zugriff 9.1.2009).

<sup>20</sup> Siehe: Va. Code Ann. § 18.2-67.4:1 ([http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs\\_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf](http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf), Stichwort «Virginia» (Zugriff 9.1.2009).

<sup>21</sup> Siehe: Ark. Code Ann. § 5-14-123 ([http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs\\_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf](http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf), Stichwort «Arkansa» (Zugriff 9.1.2009).

<sup>22</sup> Für einen Überblick siehe LESLIE E. WOLF/RICHARD VEZINA, «Crime and Punishment: Is There a Role for Criminal Law in HIV-Prevention Policy?», Whittier Law Review, 24 (5) 2004, 821-886.

<sup>23</sup> CAROL L. GALLETTY/STEVEN D. PINKERTON, Preventing HIV Transmission via HIV Exposure Laws: Applying Logic and Mathematical Modeling to Compare Statutory Approaches to Penalizing Undisclosed Exposure to HIV, Journal of Law, Medicine & Ethics, Vol. 36 No. 3, 577 ff.

<sup>24</sup> Quelle: Siehe [http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs\\_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf](http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf), Stichwort «Florida» (Zugriff 9.1.2009).

<sup>25</sup> Quelle: Siehe [http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs\\_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf](http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf), Stichwort «Iowa» (Zugriff 9.1.2009).

<sup>26</sup> Ark. Code Ann. § 5-14-123 ([http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs\\_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf](http://data.lambdalegal.org/publications/downloads/fs_state-criminal-statutes-hiv-transmission.pdf), Stichwort «California» (Zugriff 9.1.2009).

<sup>27</sup> Zum kalifornischen Weg strafrechtlicher Antwort auf HIV/Aids siehe: GALLETTY/PINKERTON (FN 23), 577 ff.; SCOTT BURRIS/LEO BELETSKY/JOSEPH A. BURLESON/PATRICIA CASE/ZITA LAZZARINI, Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behaviour? An Empirical Trial, Research Paper No. 2007-03, Temple University, Beasley School of Law, siehe <http://ssrn.com/abstract=977274> (Zugriff 9.1.2009).

<sup>28</sup> Die Anzahl Verfahren (345) und Urteile (205) findet sich in der Datenbank des Global Network of People living with HIV/

2003 wurden in einer Studie ausgewertet<sup>29</sup>. Von insgesamt 316 Anklagen betrafen rund 70 Prozent Sexualkontakte. In fast einem Viertel der Fälle (75) wurden HIV-positive Personen wegen «Beissen», «Spucken» oder «Kratzen» angeklagt. Die restlichen Fälle betrafen den Verkauf unsauberen Blutes oder von nicht sterilem Injektionsmaterial. In 95 Fällen ging es um Geschlechtsverkehr ohne Information über den HIV-Status des einen Geschlechtsverkehrspartners. Bei diesen 95 Fällen kam es zu 42 Verurteilungen<sup>30</sup>. Insgesamt 84 Anklagen betrafen HIV-positive Personen, die ihre Sexualpartner über den HIV-Status informiert hatten. Hier kam es zu 65 Verurteilungen<sup>31</sup>.

### 2.2.3. Umstrittene Wirkung der Strafrechtsnormen

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

Nach einer eingehenden Auseinandersetzung mit 316 Anklagen wegen HIV-Verbreitung kommt BRAY zum Schluss: «From the above findings, it appears doubtful that criminalization of HIV exposure will serve any significant public health purpose, in terms of deterring HIV exposure or constraining the transmission of HIV (...)»<sup>32</sup>. Als Beleg für die fragliche Nützlichkeit der HIV-Strafbestimmungen und Strafprozesse führt die Autorin weiter an, dass es sich bei mehreren Angeklagten (16) um Wiederholungstäter handle. Auch vermerkt sie kritisch die hohe Zahl von HIV-Übertragungen in Gefängnissen (mindestens 17)<sup>33</sup>.

Ermühtend ist auch das Fazit von GALLETTY/PINKERTON<sup>34</sup>. Sie sehen in der Statuierung von Aufklärungspflichten über den HIV-Status an HIV-positive Personen eine strukturelle Intervention des Staates mit dem Ziel, HIV-Übertragungen zu verhindern. Die Autorin und der Autor kommen indes zum Schluss, dass die Strafrechtsnormen nicht geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen. Besonders störend sei, dass gewisse Strafgesetze genau die Verhaltensweisen mit Strafe bedrohten, die durch die Gesundheitsbehörden und Aids-Organisationen gefordert würden (safer sex). Auch würden

nur gerade drei von 23 Gliedstaatengesetzen Kondome als Mittel zur Vermeidung der HIV-Übertragung erwähnen. Die US-Informationenkampagne zu HIV/Aids habe sich als höchst wirksam erwiesen, gerade weil sie darauf abziele, dass alle Menschen Verantwortung wahrzunehmen hätten, «unfortunately» schreiben die Autorin und der Autor «one of the nations's most broad-reaching, and some might argue, potentially most powerful tools with which to disseminate and reinforce this public health response, the criminal law, promulgated a message of a different kind»<sup>35</sup>. Die strafrechtlichen Bestimmungen zur Verfolgung der HIV-Übertragung würden nicht nur ihr Ziel verfehlen, sie würden vielmehr den Präventionsbemühungen schlicht zuwiderlaufen, die Gesetze würden «intent to prevent the spread of HIV», das treffe aber nicht zu, vielmehr treffe das Gegenteil zu, «may inadvertently do more harm than good»<sup>36</sup>. Andere Untersuchungen können die These, dass sich die Kriminalisierung negativ auf die HIV/Aids-Bekämpfung auswirke, nicht vollumfänglich bestätigen. So wurden in der empirischen Untersuchung von BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE/LAZZARINA aus dem Jahre 2007 keine Belege dafür gefunden, dass sich Menschen mit einem potenziellen HIV-Risiko wegen der Gefahr der Stigmatisierung nicht testen lassen würden. Auch liess sich die Vermutung nicht bestätigen, die Kriminalisierung der HIV-Übertragung würde HIV-negativen Personen falsche Sicherheiten vermitteln. Andererseits fanden sich in der Studie auch keine Belege, dass die HIV/Aids spezifischen Strafrechtsnormen einen positiven Effekt auf das Risikoverhalten HIV-positiver Menschen hätten. So kommen denn die Autoren/innen zum Schluss «The sad irony of criminalization and public health is that there is another way, a way that demonstrably works: the combination of education, persuasion and social support pursued in traditional public health interventions. We don't need criminal Law (...)»<sup>37</sup>.

Im zeitlichen Abstand von fünf Jahren wurde untersucht, ob mittels strafrechtlicher Bestimmungen das HIV-Risikoverhalten beeinflusst werden könnte. Im Jahre 2002 untersuchten dies LAZZARINI/BRAY/BURRIS mittels einer Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsanalyse<sup>38</sup>. In den «conclusions» gehen die Autorinnen und der Autor vorerst auf die bekannte Schwäche des Strafrechts im Bereich der öffentlichen Gesundheit ein. Strafrecht könne nur dann ein wirksames Instrument der HIV-Prävention darstellen, wenn ein bestimmtes sozial nicht akzeptiertes Verhalten kausal eine signifikante Zahl an Neuinfektionen verursache. Dies komme in der Realität fast nicht vor, kaum jemand verwende das Virus um willentlich eine Person zu schädigen oder zu terrorisieren. Die Wirksamkeit der bestehenden HIV/Aids-Strafnormen zur

Aids, siehe <http://www.gnplus.net/criminalisation> (gehe zu «Northamerica» und suche «USA», Zugriff 9.1.2009). Eine Untersuchung aus dem Jahre 2003 hat 316 Anklagen identifiziert, siehe SARA J. BRAY, Criminal Prosecutions for HIV-Exposure: Overview and Analysis, Working Paper, Vol. 3, Issue I, Yale University Center for Interdisciplinary Research on Aids, 2003.

<sup>29</sup> BRAY (FN 28), Tabelle 1, 5.

<sup>30</sup> BRAY (FN 28), Tabelle 1, 4–5.

<sup>31</sup> BRAY (FN 28), 6.

<sup>32</sup> BRAY (FN 28), 10.

<sup>33</sup> BRAY (FN 28), 10.

<sup>34</sup> GALLETTY/PINKERTON (FN 23), 451–461.

<sup>35</sup> GALLETTY/PINKERTON (FN 23), 459.

<sup>36</sup> GALLETTY/PINKERTON (FN 23), 461.

<sup>37</sup> BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE/LAZZARINI (FN 27), 46–48.

<sup>38</sup> ZITA LAZZARINI/SARAH BRAY/SCOTT BURRIS, Evaluating the Impact of Criminal HIV Risk Behaviour, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 30/2002, 239–253.

Steuerung des Sexualverhaltens sei sehr fraglich<sup>39</sup>. In der Untersuchung im Jahre 2007 wurden 490 Personen zu ihrem HIV-Risikoverhalten interviewt<sup>40</sup>. Die eine Hälfte der Befragten stammt aus dem Staat New York, der keine HIV-spezifischen Strafrechtsnormen kennt, und die andere Hälfte aus dem Staat Illinois, in dem ungeschützter Geschlechtsverkehr für HIV-positive Personen strafrechtliche Konsequenzen hat. Die Ergebnisse zeigen, dass sich das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von strafrechtlichen Bestimmungen zur HIV-Übertragung nicht auf das sexuelle Risikoverhalten HIV-positiver Menschen auswirkt. Auch das Wissen um tatsächliche oder vermeintliche rechtliche Pflichten zu Safer Sex oder Offenbarung des HIV-Status an die Sexualpartner hat gemäss der Studie keinen Einfluss auf das Risikoverhalten<sup>41</sup>. Befürworter der Kriminalisierung würden die These vertreten, dass Strafrechtsnormen den Sinn hätten, eine klare Botschaft darüber zu vermitteln, welches Sexualverhalten falsch und welches richtig sei<sup>42</sup>. Die Studie zeigt jedoch, dass «people know that the behavior is wrong without being told so by the legislature»<sup>43</sup>.

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

#### 3.1. Die Situation in Österreich

##### 3.1.1. Die relevanten Straf- und Verwaltungsnormen

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

§ 178 StGB-Ö lautet:

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

§ 179 StGB-Ö lautet:

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

Bei den §§ 178 und 179 StGB-Ö handelt es sich um sogenannte Gemeingefährdungsdelikte. Zweck der Normen ist nicht die Verhinderung einer konkreten Gefahr für ein Individuum, sondern das Vermeiden einer Gemeingefahr, letztlich geht es um die Endemie- bzw. Epidemiebekämpfung. Geschütztes Rechtsgut ist nicht die körperliche Unversehrtheit eines Menschen, sondern die gesundheitliche Situation der Gesamtbevölkerung<sup>44</sup>.

Unter Strafandrohung steht eine Handlung, die geeignet ist, die Gefahr der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit unter Menschen herbei zu führen. Die HIV-Infektion ist eine unter Menschen übertragbare Krankheit. Bereits die Infektion an sich hat Krankheitswert im Sinne dieser Bestimmung<sup>45</sup>. Aus der Formulierung «geeignet ist» ergibt sich, dass die Herbeiführung einer auch nur *abstrakten Gefahr* der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit unter Menschen ausreicht. Die *tatsächliche Ansteckung* eines Menschen mit einer übertragbaren Krankheit ist ebensowenig erforderlich wie das Auslösen einer *konkreten Ansteckungsgefahr*<sup>46</sup>. Der ungeschützte Geschlechtsverkehr zwischen einer HIV-positiven und einer HIV-negativen Person ist nach Lehre und Rechtsprechung geeignet, eine Gefahr der Verbreitung des HI-Virus herbeizuführen<sup>47</sup>.

Zu den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit gehört, dass eine meldepflichtige Krankheit oder eine «ihrer Art nach» anzeige- oder meldepflichtige Krankheit vorliegt. Die HIV-Infektion als solche gehört nicht zu den meldepflichtigen Krankheiten nach dem österreichischen Epidemienrecht. § 2 und § 3 des österreichischen Aids-Gesetzes<sup>48</sup> sehen eine Meldepflicht nur für die Fälle vor, in denen «Aids» diagnostiziert wurde, nicht jedoch für den blossen positiven HIV-Befund. Es ist indes in der Lehre und Praxis unbestritten, dass

<sup>39</sup> LAZZARINI/BRAY/BURRIS (FN 38), 253.

<sup>40</sup> BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE/LAZZARINI (FN 27).

<sup>41</sup> BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE/LAZZARINI (FN 27), 36–37.

<sup>42</sup> BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE/LAZZARINI (FN 27), 30, siehe die Literaturangaben in Fn. 93.

<sup>43</sup> BURRIS/BELETSKY/BURLESON/CASE/LAZZARINI (FN 27), 42, siehe die Literaturangaben in Fn. 93.

<sup>44</sup> OTTO TRIFFTERER, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Wien/New York 1994, § 178, Rz. 3.

<sup>45</sup> HUBERT HINTERHOFER, AIDS, HIV und Strafrecht, Zur Strafbarkeit von Sexualkontakten HIV-infizierter Personen nach den §§ 178 und 179, Rechtsgutachten im Auftrag der AIDS-Hilfen Österreichs, 2002, Nachtrag Rechtsprechungsanalyse 2002–2003. Quellen: Internetseite der Österreichischen Aids-Hilfe, siehe <http://www.aidshilfen.at> (Suche unter «news» nach «Strafrecht», Zugriff 15.2.2009), 10.

<sup>46</sup> TRIFFTERER (FN 44), § 178, Rz. 2.

<sup>47</sup> CHRISTIAN BERTEL/KLAUS SCHWAIGHOFER, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil II, §§ 169 bis 321 StGB, 8. A., Berlin 2008, §§ 178 und 179, Rz. 4; OLG Linz, RZ 1989/48 mit Anmerkungen von DIETHELM KIENAPFEL, Grundriss des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil I, 4. A., Wien 1997.

<sup>48</sup> Aids-Gesetz 1993 StF: BGBl. Nr. 728/1993 (WV), siehe: <http://www.austrianlaw.at/cms/fileadmin/gesetze/gesundheits/aids-gesetz-1993.pdf>, (Zugriff 9.1.2009).

die HIV-Infektion als solche eine Krankheit darstellt, die «ihrer Art nach» meldepflichtig ist<sup>49</sup>.

§ 178 StGB-Ö ist ein Vorsatzdelikt, der bedingte Vorsatz im Sinne von § 5 Abs. 1, 2. Halbsatz StGB-Ö genügt, wenn eine HIV-infizierte Person mit einer nicht infizierten Person ungeschützten vaginal- oder Analverkehr vollzieht<sup>50</sup>. HIV-infizierte Menschen, die ihren HIV-Status nicht kennen, aber begründeten Anlass zu einem HIV-Test gehabt hätten, handeln bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr fahrlässig und werden nach § 178 StGB-Ö bestraft<sup>51</sup>.

Nicht massgebend für die Strafbarkeit an sich ist eine allfällige Einwilligung der HIV-negativen Person in den Sexualkontakt mit dem HIV-positiven Partner. Das Schutzgut «Gesundheit der Bevölkerung» ist einer Einwilligung eines Individuums nicht zugänglich<sup>52</sup>. Hingegen sind in der Gerichtspraxis Fälle bekannt, in denen das Einverständnis der nicht-infizierten Person strafmildernd berücksichtigt wurde. Eine einheitliche Praxis ist indes nicht erkennbar<sup>53</sup>.

### 3.1.2. Art und Häufigkeit von Strafurteilen

Eine aktuelle Zahl der Verurteilungen aufgrund der fraglichen Paragraphen lässt sich nicht feststellen. Gesicherte Angaben finden sich für die Jahre zwischen 1990 und 2003; in diesem Zeitraum kam es zu insgesamt 34 Verurteilungen HIV-positiver Menschen wegen Verletzung der §§ 178 und 179 StGB-Ö. Die Verurteilungen erfolgten überwiegend wegen ungeschützten Sexualkontakten; aus vielen Urteilen scheint nicht klar hervorzugehen, ob die Verurteilung wegen geschützten oder ungeschützten Sexualkontakten erfolgte<sup>54</sup>. Eine Verurteilung erfolgte trotz kondomgeschütztem Geschlechtsverkehr<sup>55</sup>.

### 3.1.3. Ausgewählte Gerichtsurteile

Auffallend ist ein jüngeres Urteil des Oberlandesgerichts Graz. Eine HIV-positive Prostituierte hatte sowohl geschützten wie ungeschützten Geschlechtsverkehr. Das Gericht verurteilte die Frau einerseits wegen Verletzung des § 178 StGB-Ö (mit Bezug auf den ungeschützten Geschlechtsverkehr) und wegen Verletzung des § 179 StGB-Ö (bezüglich des geschützten Verkehrs!)<sup>56</sup>.

Für Verwirrung und Irritation sorgte das Landesgericht Klagenfurt, in dem es mit Urteil vom 19. Juli 1999 zwei HIV-positive Männer wegen ungeschütztem Oralsex nach § 178 StGB-Ö verurteilte und dabei auch den Oralverkehr am HIV-negativen Sexualpartner sanktionierte<sup>57</sup>. Das Urteil stiess auf Empörung, weil die orale Befriedigung des HIV-negativen Partners durch den HIV-positiven Partner in den offiziellen Informationsmaterialien des Gesundheitsministeriums als völlig risikolos dargestellt wird; auch die orale Befriedigung des HIV-positiven Partners durch den HIV-negativen Partner wird als risikolos bezeichnet, es wird einzig empfohlen, nicht im Mund zu ejakulieren oder dafür ein Kondom zu verwenden<sup>58</sup>. Das Urteil wurde vom Oberlandesgericht Graz am 27.3.2003 korrigiert. Eine Ansteckung sei zwar nicht zu 100% ausgeschlossen, dennoch gäbe es bei Oralverkehr des HIV-positiven Sexualpartners am HIV-negativen Sexualpartner erfahrungsgemäss keine ernst zu nehmende Ansteckungsgefahr<sup>59</sup>.

### 3.1.4. Das österreichische Aidsgesetz

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

Im Ergebnis hat das österreichische Aids-Gesetz für HIV-positive Prostituierte ein Berufsverbot zur Folge<sup>60</sup>. Praktizieren sie den Geschlechtsverkehr mit ihren Kunden ungeschützt, drohen zudem Sanktionen wegen Verletzung der § 178 StGB-Ö.

### 3.1.5. Würdigung der Rechtslage und -praxis in Österreich

Die bisherige Praxis österreichischer Gerichte zu den §§ 178 und 179 StGB-Ö lässt einige Fragen offen, so besteht eine Rechtsunsicherheit bezüglich Oralverkehr durch eine HIV-negative Person an einem HIV-positiven Partner. Zwischen den Safer-Sex-Regeln und der Strafrechtspraxis besteht of-

<sup>49</sup> HINTERHOFER (FN 45), 14.

<sup>50</sup> GERHARD AIGNER, HIV-Infektion und Strafbarkeit nach §§ 178, 179 StGB, *Recht der Medizin (RdM)* 2000, 87; HINTERHOFER (FN 45), 13.

<sup>51</sup> HINTERHOFER (FN 45), 14.

<sup>52</sup> So die herrschende Lehre und die Praxis. Siehe HINTERHOFER (FN 45), 12 mit Hinweisen.

<sup>53</sup> HINTERHOFER (FN 45), 12–13, nennt drei Urteile, in denen die Einwilligung strafmildernd berücksichtigt wurde und ein Urteil, in dem die Einwilligung keine solchen Auswirkungen hatte.

<sup>54</sup> Alle Angaben aus: HINTERHOFER (FN 45).

<sup>55</sup> LG Linz, Urteil vom 17.9.1992, 27 EVr 1744/92 (nv).

<sup>56</sup> OLG Graz, Bestätigung des Urteil des LG für Strafsachen Graz (Urteil 4Hv 16/02 s).

<sup>57</sup> LG Klagenfurt, 13 EVr 70/99 (nv).

<sup>58</sup> Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen (Hrsg.), *Gib Aids keine Chance* (2000) 7, 13.

<sup>59</sup> OLG Graz, Urteil vom 27.3.2003, 11 Bs 105/03.

<sup>60</sup> HELMUT GAUPNER, *Das späte Menschenrecht, Sexualität im Recht*, Skriptum Universität Innsbruck, 2006, Quelle: <http://www.graupner.at/documents/Seminarunterlage-060405.pdf> (Zugriff: 20.2.2009), 30.

fensichtlich zumindest in Teilbereichen eine Diskrepanz<sup>61</sup>. Innerhalb der juristischen Lehre Österreichs finden sich gewichtige Stimmen, die für die Strafbarkeit des Sexualverkehrs HIV-positiver Menschen plädieren, selbst dann, wenn dieser geschützt erfolgt<sup>62</sup>.

Die österreichischen Aids-Hilfen fordern indes, die §§ 178 und 179 StGB-Ö zu streichen oder zumindest den Tatbestand auf eine konkrete tatsächliche Gefährdung zu beschränken<sup>63</sup>. Auch wird vorgeschlagen, dass die Befolgung von gesundheitspolitischen Verhaltensempfehlungen («Safer Sex Regeln») nicht tatbestandsmässig sein dürfe<sup>64</sup>. Unterstützt wird diese Forderung von höchster Stelle: «Ich bin der Meinung, dass die strafrechtliche Verfolgung und Verurteilung HIV-positiver Menschen für sexuelle Kontakte mit HIV-negativen Menschen trotz Befolgung der Verhaltensempfehlungen der Gesundheitsbehörden und der Aids-Hilfen dem Anliegen einer effektiven HIV- und Aids-Prävention zuwiderlaufen», sagte der Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen in seiner Antwort auf eine parlamentarische Anfrage am 5.6.2001<sup>65</sup>.

### 3.2. Die Rechtslage in Schweden

#### 3.2.1. Die einschlägigen Strafrechts- und Epidemienrechtsnormen

Die HIV-Übertragung wird in Schweden als Körperverletzungsdelikt sanktioniert. Eine einfache Körperverletzung im Sinne von Kapitel 3 Sektion 5 des schwedischen Strafgesetzbuches<sup>66</sup> liegt tatbestandsmässig auch dann vor, wenn eine Krankheit übertragen wird. Kapitel 3 Sektion 6 StGB-S sieht eine Strafverschärfung bei schwerer Körperverletzung vor. Zu beachten ist zudem, dass bestraft wird, wer durch *grobe Fahrlässigkeit* jemand anderen einer tödlichen Gefahr oder der Gefahr einer ernsthaften Erkrankung aussetzt (Kapitel 3 Sektion 9 StGB-S: «A person who through gross careless-

ness exposes another to mortal danger or danger of severe bodily injury or serious illness, shall be sentenced for creating danger to another to a fine or imprisonment for at most two years»)<sup>67</sup>. Rechtstechnisch handelt es sich hier ähnlich wie bei Art. 231 CH-StGB um ein Gefährdungsdelikt. Gemäss Wortlaut werden jedoch in der schwedischen Bestimmung lediglich Individualrechtsgüter geschützt und nicht die allgemeine Volksgesundheit. Der oberste schwedische Gerichtshof hat diese Norm in einem Fall angewendet, in dem die Voraussetzungen zur Bestrafung nach den klassischen Körperverletzungsdelikten mangels ausreichenden Vorsatzes nicht gegeben waren. Im Ergebnis macht sich eine HIV-positive Person bei ungeschütztem Sexualverkehr ohne Information über den HIV-Status an den Sexualpartner wegen fahrlässiger Verbreitung einer gefährlichen Krankheit strafbar<sup>68</sup>.

Zu beachten ist ferner das schwedische Gesetz über übertragbare Krankheiten. Dieses Gesetz (Smittskydslagen<sup>69</sup>) sieht in Kapitel 4 Sektion 2 Verhaltensregeln (Förhållningsregler) für den Fall vor, dass eine Person mit einer übertragbaren Krankheit infiziert ist<sup>70</sup>. Diese Regeln haben auch bei der HIV-Infektion Gültigkeit. Diese Verhaltensregeln bestehen u.a. in der Pflicht HIV-Infizierter, den Sexualpartner über die Übertragungsgefahr zu informieren (Verhaltensregel Nr. 5). Weiter besteht die Pflicht, bei sexuellen Kontakten ein Verhalten auszuüben, das die Risiken der Übertragung minimiert (Safer-Sex). Verstösse gegen diese Regeln ziehen in erster Linie polizei- und ordnungsrechtliche Sicherungsmassnahmen nach sich. Als härteste Massnahme ist dabei die Isolation der betroffenen Personen vorgesehen<sup>71</sup>. Darüber hinaus haben die Täter strafrechtliche Konsequenzen zu erwarten, sofern und soweit die vorne erwähnten Strafrechtsnormen zum Tragen kommen.

<sup>61</sup> Siehe dazu HINTERHOFER (FN 45), 46.

<sup>62</sup> So TRIFFTERER (FN 44), § 178; DIETHELM KIENAPFEL/KURT SCHMOLLER, Studienbuch Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. III, Wien 2005, § 178, Rz. 8.

<sup>63</sup> So die Forderungen der Aids-Hilfen im Rahmen des Weltaidstages vom 1. Dezember 2008, siehe <http://www.infektionsnetz.at/AktuellesWelt.phtml> (Zugriff 9.1.2009).

<sup>64</sup> HELMUT GAUPNER, Präsentation am Deutsch-Österreichischen Aids-Kongress 2007 in Frankfurt am Main, siehe die Präsentation Gaupners hier: [www.gaupner.at/documents/Gaupner-070627.ppt](http://www.gaupner.at/documents/Gaupner-070627.ppt) (Zugriff 9.1.2009).

<sup>65</sup> Österreichisches Parlament, Geschäfts-Nr. 2313/AB XXI.GP, siehe [http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXI/AB/AB\\_02313/fnameorig\\_000000.html](http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXI/AB/AB_02313/fnameorig_000000.html) (Zugriff 9.1.2009).

<sup>66</sup> Die englische Version des schwedischen Strafgesetzbuches findet sich auf der offiziellen Homepage der schwedischen Regierung: <http://www.sweden.gov.se/sb/d/3926/a/27777> (Zugriff 9.1.2009). Im schwedischen Strafgesetzbuch werden die Begriffe «Kapitel» für «Artikel» verwendet, «Sektion» meint «Absatz».

<sup>67</sup> Siehe die offizielle Übersetzung des schwedischen Strafgesetzbuches: <http://www.sweden.gov.se/sb/d/3926/a/27777> (Zugriff 9.1.2009).

<sup>68</sup> Siehe die Entscheidung des obersten schwedischen Gerichts: Riksåklagaren har – mot bakgrund av rättsfallet NJA 2002 449 och HD:s dom den 6 april 2004 i mål B 4189-03 [http://www.norrkopingsstingsratt.dom.se/Domstolar/hogstadoamtolen/Avgoranden/2004/2004-04-06\\_B\\_4189-03\\_dom.pdf](http://www.norrkopingsstingsratt.dom.se/Domstolar/hogstadoamtolen/Avgoranden/2004/2004-04-06_B_4189-03_dom.pdf) (Zugriff 9.8.2009).

<sup>69</sup> Siehe zum Gesetz über Infektionskrankheiten (Smittskydslagen): schwedische Gesetzessammlung: <http://62.95.69.3/SFS-DOC/04/040168.PDF> (Zugriff 9.8.2009).

<sup>70</sup> Die HIV/Aids-spezifischen Verhaltensvorschriften wurden im Jahre 2004 eingeführt, siehe: WHO technical consultation in collaboration with the European Aids Treatment Group and Aids Action Europe on the criminalization of HIV and other sexually transmitted infections, Kopenhagen 2006, Anhang, Schweden, 23, [http://www.keele.ac.uk/research/lpj/Law\\_HIV-AIDSProject/WHOCrimconsultation\\_latest.pdf](http://www.keele.ac.uk/research/lpj/Law_HIV-AIDSProject/WHOCrimconsultation_latest.pdf) (Zugriff 10.8.2009).

<sup>71</sup> Zur menschenrechtlichen Grenze solcher Massnahmen siehe die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte weiter hinten 3.2.3.



### 3.2.2. Gerichtspraxis

Gemäss den Untersuchungen aus dem Jahre 2005<sup>72</sup> und 2008<sup>73</sup> wurden zwischen 1992 und 2008 insgesamt über 50 Personen strafrechtlich verurteilt. Nach Angaben schwedischer Aids-Organisationen werden seit 2004 jährlich zwischen vier und fünf Personen verurteilt. Bei den Verurteilten handelt es sich mehrheitlich um Ausländer und Ausländerinnen, besonders häufig um Menschen aus dem südlichen Afrika. Rund 100 HIV-positive Personen wurden zudem wegen Verstössen gegen das Gesetz über übertragbare Krankheiten sanktioniert<sup>74</sup>.

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

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) musste sich im Fall *Enhorn* gegen Schweden mit der Frage auseinandersetzen, ob die zwangsweise Unterbringung in einer Klinik als Massnahme zur Verhinderung der Verbreitung des HI-Virus gegen Art. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verstosse<sup>75</sup>.

Der Beschwerdeführer (*Enhorn*) ist seit 1994 mit dem HI-Virus infiziert und hatte dieses bereits an einen seiner Sexualpartner übertragen. Der schwedische Amtsarzt wies daraufhin den Beschwerdeführer an, jeden Sexualpartner über seine Infektion aufzuklären und zudem den Alkoholkonsum so einzuschränken, dass die Urteilsfähigkeit nicht beeinträchtigt werde. Die Weisung beinhaltete weiter die Verpflichtung, im Falle ärztlicher Behandlung das Personal über die HIV-Infektion zu informieren. Zudem wurde Herr *Enhorn* zu regelmässigen Konsultationen beim Hausarzt und beim Amtsarzt verpflichtet. Diese Weisungen stützten sich auf das Gesetz über übertragbare Krankheiten in der Version von 1988<sup>76</sup>. Da der Beschwerdeführer den Vorladungen des Amtsarztes nicht nachkam, verhängte das Verwaltungsgericht erstmals am 25.4.1995 eine dreimonatige zwangsweise Unterbringung. Die Verfügung über die zwangsweise Unterbringung wurde regelmässig um jeweils sechs Monate verlängert. Erfolglos versuchte der Beschwerdeführer, die jeweiligen Verfügungen anzufechten. Der zwangsweisen Unterbringung entzog er sich mehrmals erfolgreich durch

Flucht; er wurde jedoch immer wieder angehalten und in einer Klinik untergebracht. Am 12.12.2001 lehnte das Verwaltungsgericht einen Antrag auf Unterbringung ab, da der Aufenthaltsort des Beschwerdeführers unbekannt sei und daher keine Informationen über seinen Gesundheitszustand und sein Verhalten vorlägen. Ab 2002 war den Behörden der Aufenthaltsort anscheinend bekannt, aber der zuständige Amtsarzt hielt eine weitere zwangsweise Anhaltung offensichtlich nicht mehr für notwendig.

Vor dem Gerichtshof war unbestritten, dass die zwangsweise Unterbringung eine Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EMRK darstellt. Zu prüfen war, ob die Freiheitsentziehung durch Art. 5 Abs. 1 lit. E EMRK gerechtfertigt werden könne. Diese Bestimmung ermöglicht eine Freiheitsentziehung «mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern». Art. 5 Abs. 1 EMRK erfordert überdies, dass die Freiheitsentziehung eine klare rechtliche Grundlage hat. Gemäss dem Gerichtshof genüge Paragraph 38 des schwedischen Gesetzes über übertragbare Krankheiten diesen Anforderungen. Eine Freiheitsentziehung ist indes nur dann rechtmässig, wenn sie überdies im konkreten Fall notwendig und verhältnismässig ist. Entscheidendes Kriterium zur Bewertung der Rechtmässigkeit einer Freiheitsentziehung zur Verhinderung der Verbreitung ansteckender Krankheiten ist, ob die Krankheit gefährlich für die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit ist und ob die Anhaltung der infizierten Person die letzte Möglichkeit zur Verhinderung der Verbreitung der Krankheit darstellt, weil weniger schwerwiegende Massnahmen als unzureichend zum Schutz der öffentlichen Interessen eingestuft wurden. Wenn dieses Kriterium nicht mehr erfüllt ist, fällt die Grundlage für die Freiheitsentziehung weg. Der Gerichtshof wandte diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an und kam zu folgendem Ergebnis: Angesichts der Gefährlichkeit des HI-Virus für die öffentliche Gesundheit und Sicherheit wurde das öffentliche Interesse an einer Massnahme zur Vermeidung der Weiterverbreitung des HI-Virus bejaht. Das Gericht prüfte, ob die zwangsweise Unterbringung des Beschwerdeführers das mildeste Mittel war, um die Verbreitung des Virus zu verhindern. Das Verwaltungsgericht ordnete am 16.2.1995 die Unterbringung des Beschwerdeführers an und verlängerte diese wiederholt bis 12.12.2001 um jeweils sechs Monate. Die Anordnung der Freiheitsentziehung war damit beinahe sieben Jahre lang in Kraft, auch wenn die tatsächliche Anhaltung aufgrund des wiederholten Entweichens des Beschwerdeführers insgesamt nur knapp eineinhalb Jahre dauerte. Die Regierung konnte keine Beispiele für weniger schwerwiegende Massnahmen vorlegen, die in der Zeit zwischen 16.2.1995 und 12.12.2001 in Erwägung gezogen worden wären. Zwar sei unbestritten, dass der Beschwerdeführer nicht allen 1994 vom Amtsarzt erteilten Anordnungen entsprach. Es würden jedoch keine Hinweise darauf vorliegen, dass er in der Zeit zwischen 16.2.1995 und 12.12.2001, die er grössten Teils in Freiheit verbrachte, irgendjemanden infiziert oder Geschlechtsverkehr gehabt hätte, ohne den Partner

<sup>72</sup> Siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation/sweden.shtml> (Zugriff 15.8.2009).

<sup>73</sup> Siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (Zugriff 15.8.2009).

<sup>74</sup> Alle vorangehenden Angaben beziehen sich auf die Untersuchung GNPplus, siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu «Europe-Central Asia» und suche nach «Sweden», Zugriff 9.8.2009).

<sup>75</sup> European Court of Human Rights, Case of *Enhorn v. Sweden*, Application No. 56529/00, Judgment 25<sup>th</sup> January 2005, siehe <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (gehe dann zu: «Application Number» und gebe ein «56529», Zugriff 15.1.2009).

<sup>76</sup> Rz. 9 des Urteils (siehe FN 75).

über seine Infektion aufzuklären oder ohne ein Kondom zu benutzen. Aufgrund dieser Fakten kam der Gerichtshof zu folgendem Schluss: «In these circumstances, the Court finds that the compulsory isolation of the applicant was not a last resort in order to prevent him from spreading the HIV Virus because less severe measures had been considered and found to be insufficient to safeguard the public interest. Moreover, the Court considers that by extending over a period of almost seven years the order for the applicant's compulsory isolation, with the result that he was placed involuntarily in a hospital for almost one and a half years in total, the authorities failed to strike a fair balance between the need to ensure that the HIV virus did not spread and the applicant's right to liberty»<sup>77</sup>.

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

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

### 4.1. Die Situation in Deutschland

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

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

§ 223 lautet:

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

§ 224 Gefährliche Körperverletzung

- (1) Wer die Körperverletzung
  1. durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen,
  2. mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs,
  3. mittels eines hinterlistigen Überfalls,
  4. mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich oder
  5. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.
- (2) Der Versuch ist strafbar.

Die Rechtsprechung behandelt den ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-positiven Menschen als gefährliche Körperverletzung «mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung» im Sinne von § 224 Abs. 1 Ziff. 5 StGB-D. Dabei gehen die Gerichte davon aus, dass es beim

ungeschützten Geschlechtsverkehr durch einen HIV-positiven Sexualpartner auf die eingetretene Verletzung und nicht auf die Gefährlichkeit der Handlung ankomme<sup>78</sup>. Im Ergebnis wird also die Tatbegehung als Eignungsdelikt qualifiziert.

Unerheblich ist, ob es durch den ungeschützten Geschlechtsverkehr tatsächlich zur Übertragung des HI-Virus kommt. Bestraft werden sowohl die vollendete Tat wie auch der Versuch<sup>79</sup>. Eine Körperverletzung in Form einer Gesundheitsschädigung ist im Falle einer Infizierung mit dem HI-Virus damit auch dann vollendet, wenn die Krankheit erst zu einem späteren Zeitpunkt offen ausbricht<sup>80</sup>. Ein Versuch liegt vor, wenn der sogenannte Tatentschluss gefällt ist. Der Versuch kann deshalb nur bei einem Vorsatzdelikt bestraft werden. Der Bundesgerichtshof für Strafsachen stellte fest, dass eine HIV-positive Person, die Kenntnis von ihrer Infektion hat und ungeschützten Geschlechtsverkehr praktiziert, billigend in Kauf nimmt, dass der Sexualpartner sich mit dem HI-Virus infiziert, selbst wenn ihm der tatsächliche Infektions-Erfolg möglicherweise nicht willkommen ist<sup>81</sup>. Es sind keine Fälle bekannt, in denen es zu Verurteilungen wegen geschützt vorgenommenen Geschlechtsverkehrs kam. Die Benutzung eines Kondoms schliesst den Vorsatz zur Körperverletzung aus.

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

§ 228 Einwilligung

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

Ist die HIV-negative Person über die HIV-Infektion des Sexualpartners informiert und willigt in den ungeschützten Geschlechtsverkehr ein, so nimmt die Rechtsprechung eine eigenverantwortlich gewollte Selbstgefährdung an. Das bayrische Oberlandesgericht hat bereits 1989 entschieden, die Teilnahme an dieser eigenverantwortlichen Gefährdung bleibe für die HIV-positive Person straflos<sup>82</sup>. Das Landesgericht Würzburg bestätigte im Jahre 2007 die Strafflosigkeit für den ungeschützten Geschlechtsverkehr, den eine HIV-positive Person mit einem informierten HIV-negativen Sexualpartner vornimmt. Das Gericht lässt indes offen, ob eine freie und eigenverantwortliche Selbstgefährdung oder eine wirksame Einwilligung vorliegt<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88; BGHSt 36, 1; BGH, Urt. v. 12.10.1989 – 4 StR 318/89; BGHSt 36, 262.

<sup>79</sup> BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88; BGHSt 36, 1.

<sup>80</sup> BGE, Urt. v. 18.10.2007 – 3 StR 248/2007.

<sup>81</sup> BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88; BGHSt 36, 1 (9 ff.).

<sup>82</sup> BayObLG, Urt. v. 15.9.1989 – RReg. 1 St 126/89; NJW 1990, 131.

<sup>83</sup> LG Würzburg, Urteil v. 13.6.2007, 1 Ks 901 Ja 9131/2005, JuS 2007, 772.

<sup>77</sup> Rz. 54 des Urteils (siehe FN 75).

#### 4.1.2. Berücksichtigung neuerer medizinischer Erkenntnisse über die Infektiosität

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

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

Vor dem Amtsgericht München berief sich ein HIV-positiver Angeklagter darauf, er habe seinen Sexualpartner gar nicht mit dem HI-Virus infizieren können. Wegen seiner HAART-Therapie sei er nicht infektiös gewesen, eine Aufklärungspflicht über die HIV-Infektion habe demnach nicht bestanden. Ein Sachverständiger bestätigte eine Viruslast von 47 Kopien pro Milliliter Blut am Tattag. Damit lag die Viruslast unter der Erheblichkeitsgrenze von 50 Kopien pro Milliliter. Unter Würdigung der medizinischen Tatsachen erkannte das Gericht, ein Restrisiko von kleiner als 100.000 bestehe bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr weiterhin. Die Strafbarkeit entfiel deshalb nicht. Das sehr geringe Infektionsrisiko wurde indessen strafmildernd berücksichtigt. Ebenfalls strafmildernd wirkte sich aus, dass es sich um einen Spontankontakt handelte und der Geschädigte ohne Nachfrage nach dem HIV-Status zum ungeschützten Geschlechtsverkehr einwilligte<sup>84</sup>.

Das Amtsgericht Nürtingen sprach dagegen einen der versuchten gefährlichen Körperverletzung Angeklagten in 192 Fällen frei. Das Gericht hielt fest: «Soweit eine Person, die HIV-positiv ist, eine Viruslast von Null hat, ist sie nach medizinischen Gesichtspunkten und menschlichem Ermessen nicht ansteckend. Diese Person kann sonach tatsächlich den HI-Virus nicht übertragen. Ein von dieser Person ausgeübter ungeschützter Geschlechtsverkehr ist daher grundsätzlich – in objektiver Hinsicht – nur als untauglicher Versuch zu werten»<sup>85</sup>.

#### 4.1.3. Keine epidemienrechtliche Strafnorm

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

fizierte Person in den ungeschützten Verkehr und in das Risiko des Infektionserfolges einwilligt.

Aufgrund einer parlamentarischen Intervention lässt die Bundesregierung aktuell untersuchen, wie andere EU-Staaten und die Schweiz mit strafrechtlichen Massnahmen gegen die HIV-Übertragung vorgehen<sup>86</sup>. Im aktuellen (2007) Aktionsplan zur Umsetzung der HIV/Aids-Bekämpfungsstrategie der Bundesregierung findet sich dagegen das Ziel, Stigmatisierung, Diskriminierung und Kriminalisierung von Menschen, die mit HIV/Aids leben, und ihren Angehörigen zu senken<sup>87</sup>.

## 4.2. Die Rechtslage in den Niederlanden

### 4.2.1. Die relevanten Strafrechtsnormen

Eine epidemienrechtliche Strafvorschrift wie im schweizerischen, österreichischen oder schwedischen Recht kennt das niederländische Recht nicht. Der oberste Gerichtshof hielt in seiner Grundsatzentscheidung zur (versuchten) HIV-Übertragung durch ungeschützten Geschlechtsverkehr fest, die Frage ob ungeschützte Sexualekontakte durch HIV-positive Personen bestraft werden sollen oder nicht, sei ein Entscheid des Gesetzgebers. Dieser habe indes alle relevanten Aspekte zu berücksichtigen, insbesondere auch solche der öffentlichen Gesundheit<sup>88</sup>. Die niederländische Regierung hat entsprechende Abklärungen vorgenommen und kommt zum Schluss, eine HIV-Übertragungsstrafnorm wäre mehr symbolisch und würde sich nachteilig auf die Testbereitschaft möglicher Virusträger/innen auswirken<sup>89</sup>. Die Schaffung einer die öffentliche Gesundheit schützenden Strafnorm wird auch vom Parlament abgelehnt<sup>90</sup>.

Die HIV-Übertragung kann nach geltendem Strafrecht ein Körperverletzungsdelikt darstellen. Diese sind im niederländischen Strafgesetzbuch (StGB-N) in den Art. 300 ff.

<sup>84</sup> AG München – 813 Cs 123 Js 11023/06 – Urteil vom 26.3.08 – vgl. D.XVIII.

<sup>85</sup> AG Nürtingen, 13 Ls 26 (HG) 97756/07.

<sup>86</sup> Deutscher Bundestag, Geschäfts-Nr. 16/3615, siehe <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/036/1603615.pdf>, siehe auch die Beschlussempfehlung und den Bericht, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/041/1604111.pdf>.

<sup>87</sup> Bundesministerium für Gesundheit, Aktionsplan zur Umsetzung der HIV/Aids-Bekämpfungsstrategie der Bundesregierung, 2007, Aktionsziel Nr. 4, 82. Siehe [http://www.bmg.bund.de/cln\\_110/nn\\_1168248/SharedDocs/Downloads/DE/Neu/Aktionsplan-HIV-Aids-deutsch.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/Aktionsplan-HIV-Aids-deutsch.pdf](http://www.bmg.bund.de/cln_110/nn_1168248/SharedDocs/Downloads/DE/Neu/Aktionsplan-HIV-Aids-deutsch.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/Aktionsplan-HIV-Aids-deutsch.pdf) Zugriff 9.8.2009).

<sup>88</sup> Supreme Court of the Netherlands, Criminal Division, Judgment of 18<sup>th</sup> January 2005, Case No. LJN ARI 1860, Erw. 3.7 des Entscheides.

<sup>89</sup> WILLEMJIN VAN KOUWEN/KARIN BRUNENBERG, Supreme Court of the Netherlands, Criminal Division, HIV Transmission, in: Journal of Criminal Law, Vol. 70, 6/2006, 489.

<sup>90</sup> Siehe den Bericht des Parlaments (House of Representatives, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004–2005, 29 800 VI nr. 157), <http://www.recht.nl/doc/kst29800-vi-157.pdf> (Zugriff 15.8.2009).

geregelt<sup>91</sup>. Bei schwerer Körperverletzung wird eine Höchststrafe von bis zu 12 Jahren Gefängnis angedroht (Art. 303 Abs. 1 StGB-N). Führt die Körperverletzung zum Tode, ist die Strafe bis zu 15 Jahre (Art. 300 Abs. 2 StGB-N) Gefängnis. Art. 82 StGB-N sieht vor, dass eine schwere Krankheit, die nicht geheilt werden und zu einer Behinderung führen kann, einer schweren Körperverletzung gleichkommt. Ein Versuch wird nach Art. 45 StGB-N bestraft, wenn «the intention of the perpetrator will have manifested itself by a start of execution of the crime». Der Versuch einer einfachen Körperverletzung (Art. 300 StGB-N) ist nicht strafbar (Art. 300 Abs. 5 StGB-N).

#### 4.2.2. Gerichtspraxis

Zu strafrechtlichen Verurteilungen wegen HIV-Übertragung kam es in den Niederlanden zwei Mal im Jahre 1989 und danach wieder ab dem Jahre 2001<sup>92</sup>. In zwei Grundsatzentscheiden im Jahre 2003 bestätigte der Oberste Gerichtshof der Niederlande (Hoge Raad der Nederlanden, Strafkamer), dass die Übertragung des HI-Virus bei Kenntnis der Infektion der einen Person und bei Unkenntnis der anderen Person über die Infektiosität ein Körperverletzungsdelikt darstelle<sup>93</sup>. Im «Leeuwarden case» wurde ein HIV-positiver Mann wegen ungeschütztem Geschlechtsverkehr mit zwei Minderjährigen wegen (versuchter) schwerer Körperverletzung angeklagt<sup>94</sup>. Streitig war insbesondere, ob der Täter vorsätzlich bzw. bedingt vorsätzlich gehandelt habe (conditional intent, voorwaredelijke opzet). Ein bedingter Vorsatz liegt vor, wenn der Täter wissentlich eine beachtliche Wahrscheinlichkeit (considerable chance, aanmerkelijke kans) in Kauf nimmt, dass seine Handlung zu einem bestimmten Ergebnis führen wird<sup>95</sup>. Der Gerichtshof hielt fest: «... The answer to the question of whether the action creates a significant risk of a certain effect occurring depends on the circumstances of the case, in which important factors are the nature of the conduct and the circumstances in which it is exhibited. There is no reason to link the meaning of the term <significant risk> to the

nature of the effect. In all cases, there must be a risk that may be considered as being significant on the basis of general rules of experience.» Die Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung<sup>96</sup> erfolgte, weil der Täter um das Risiko einer HIV-Übertragung wusste und dieses akzeptierte. Wenig später bestätigte der Gerichtshof im «Hague case» diese Rechtsprechung. Verurteilt wurde ein Mann, der ungeschützten Geschlechtsverkehr mit zwei Frauen hatte und wusste, dass er HIV-positiv war<sup>97</sup>.

Zum eigentlichen Paradigmenwechsel kam es am 18.1.2005. Der oberste Gerichtshof entschied, dass auf Grund des geringen Übertragungsrisikos ein auf die Übertragung des HI-Virus ausgerichteter bedingter Vorsatz in der Regel nicht gegeben sei<sup>98</sup>. Der Gerichtshof begründet seine Entscheidung wie folgt<sup>99</sup>:

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

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

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

3.6 The fact that a person infected with the HIV virus who has unprotected sexual contact poses a danger does not in itself mean that the sexual acts in question create the kind of possibility of infection with the HIV virus – and thus causing grievous bodily harm – that can be considered substantial in answering the question whether a conditional intent existed according to general empirical rules. (...)

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

<sup>91</sup> Zum niederländischen Strafgesetzbuch siehe in der niederländischen Gesetzessammlung: <http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/title=Wetboek%20van%20Strafrecht> (Zugriff 15.8.2009).

<sup>92</sup> Alle vorangehenden Angaben beziehen sich auf die Untersuchung GNPplus, siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu «Europe-Central Asia» und suche nach «Netherlands», Zugriff 9.8.2009).

<sup>93</sup> Zu diesen Entscheiden siehe: Executive Committee on Aids, Policy & Criminal Law, «Detention or prevention?» A report on the impact of the use of criminal Law on public health and the position of people living with HIV; der Report kann hier heruntergeladen werden: siehe <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu «Europe-Central Asia» und suche nach «Netherlands» und weiter nach «further reading», Zugriff 9.8.2009).

<sup>94</sup> Supreme Court of the Netherlands, Criminal Division, Judgment of 25<sup>th</sup> March 2003, Case No. LJN AE.

<sup>95</sup> VAN KOUWEN/BRUNENBERG (FN 89), 485 ff.

<sup>96</sup> Eine Verurteilung wegen versuchter Tötung lehnte der Gerichtshof jedoch ab, siehe dazu VAN KOUWEN/BRUNENBERG (FN 89), 486.

<sup>97</sup> Zum «Hague case» siehe den Report «Detention or prevention?» (FN 93), 19.

<sup>98</sup> Supreme Court of the Netherlands (Hoge Raad der Nederlanden), Criminal Division, Judgment of 18<sup>th</sup> January 2005, Case No. LJN ARI 1860.

<sup>99</sup> Die englischsprachige Übersetzung des Entscheides kann hier eingesehen werden: <http://www.gnpplus.net/criminalisation> (gehe zu «Europe-Central Asia» und suche nach «Netherlands» und weiter nach «Discussion», Zugriff 15.8.2009).

Erw. 3.6 (...)

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

Weiter besteht die Möglichkeit einer Verurteilung wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung in den Fällen, in denen es tatsächlich zu einer Übertragung des HI-Virus kommt. Voraussetzung ist indes, dass der Nachweis erbracht werden kann, dass die Übertragung genau durch diesen ungeschützten Geschlechtsakt erfolgt ist. In einer Entscheidung im Jahre 2007 verneinte der oberste Gerichtshof jedoch auch die fahrlässige Körperverletzung in einem Fall, in dem es zur Übertragung des HI-Virus kam<sup>100</sup>.

Die Änderung der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes ist wesentlich auf die Aufklärungsbemühungen des niederländischen «Executive Committee on Aids Policy and Criminal Law» zurückzuführen, die mit ihrem Report «Detention or Prevention» zur Meinungsbildung bei den Gerichten und im Parlament beitrugen<sup>101</sup>.

### 4.3. Die Rechtslage in Kanada

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

In Kanada gibt es weder im Strafrecht noch im Gesundheitsrecht HIV/Aids-spezifische Rechtsnormen zur Bestrafung der HIV-Übertragung. Das kanadische Strafgesetzbuch sieht verschiedene Bestimmungen vor, die bei einer Übertragung zur Anwendung kommen, namentlich betrifft dies die Körperverletzungsdelikte in den Art. 265 ff. des kanadischen Strafgesetzbuches (StGB-C)<sup>102</sup>.

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

Die Einwilligung ist nicht gültig, wenn sie betrügerisch erreicht wird (Art. 265 Abs. 3 StGB-C). Eine Tötlichkeit wird mit bis zu fünf Jahren Gefängnis bestraft. Das Strafmass wird auf bis zu 14 Jahren erhöht, wenn die Tötlichkeit zu ei-

ner Körperverletzung (assault causing bodily harm, Art. 267 StGB-C) oder zu einer schweren Körperverletzung mit Gefahr für das Leben des Verletzten (aggravated assault, endangers the life of the complainant, Art. 268 StGB-C) führt. Langjährige Strafen sind weiter vorgesehen bei «sexual assault» (zehn Jahre Gefängnis, Art. 271 StGB-C) und bei «aggravated assault», 14 Jahre Gefängnis, Art. 272 StGB-C) und «aggravated sexual assault» (Art. 273 StGB-C). Bei all diesen (Vorsatz) Delikten ist auch der Versuch strafbar<sup>103</sup>.

Das kanadische Strafrecht sieht in Art. 219 StGB-C Strafen bei krimineller Fahrlässigkeit (criminal negligence) vor, wenn durch eine fahrlässige Handlung das Leben oder die Gesundheit einer anderen Person gefährdet wird. Sofern eine gesetzliche Pflicht zum Handeln besteht, ist auch das Unterlassen einer Handlung zur Vermeidung einer Gefahr für das Leben oder die Gesundheit strafbar. Führt die kriminell fahrlässige Handlung zu einer schweren Körperverletzung, liegt das Strafmass bei bis zu zehn Jahren Gefängnis (Art. 221 StGB). Die Anwendung dieser Strafnorm kommt nur in Frage, wenn das HI-Virus durch den ungeschützten Geschlechtsverkehr tatsächlich übertragen wird. Bei Fahrlässigkeitsdelikten ist der Versuch nicht strafbar<sup>104</sup>.

Eine gewisse Relevanz für die HIV-Übertragung hat auch Art. 180 StGB-C. Diese Bestimmung bedroht das Verursachen einer öffentlichen Störung mit Strafe, sofern das Leben, die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Gesundheit gefährdet wird. Streitig ist, ob ungeschützte Sexualkontakte mit *bestimmten* Menschen zu einer Gefährdung der öffentlichen Gesundheit führen können. Die (nicht höchstgerichtliche) Gerichtspraxis dazu ist uneinheitlich<sup>105</sup>. Die Nähe dieser kanadischen Strafnorm zu Art. 231 StGB ist indes offensichtlich.

#### 4.3.2. Ausgewählte Gerichtsfälle

##### 4.3.2.1. R. v. Cuerrier (1998)

Der Fall *R. gegen Cuerrier* war der erste HIV-Übertragungsfall, der vom Obersten Gerichtshof (Supreme Court) Kanadas entschieden wurde<sup>106</sup>. Der angeklagte Cuerrier wusste seit 1992 von seiner HIV-Positivität. Cuerrier hatte zu zwei Frauen sexuelle Kontakte, ohne dass er diese über seinen HIV-

<sup>100</sup> Supreme Court of the Netherlands (Hoge raad der Nederlanden), Judgment 20<sup>th</sup> February 2007, LJN: AY9659, siehe [http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=AY9659&u\\_ljn=AY9659](http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=AY9659&u_ljn=AY9659). Zum Entscheid siehe weiter den Beitrag von RONALD A.M. BRANDS an der Welt-Aidskonferenz in Mexiko, WEPE1087 – Dutch approach: no detention, but prevention! – impact of the use of criminal law on public health and the position of PLWHA (Poster Exhibition, Track E).

<sup>101</sup> BRANDS (FN 100) an der Welt-Aidskonferenz in Mexiko, WEPE1087 – Dutch approach: no detention, but prevention! – impact of the use of criminal law on public health and the position of PLWHA (Poster Exhibition, Track E).

<sup>102</sup> Criminal Code of Canada, kanadische Gesetzessammlung, <http://laws.justice.gc.ca/PDF/C-46.pdf> (Zugriff 15.8.2009).

<sup>103</sup> Siehe dazu den Leading case *R. v. Williams* (siehe im Detail hinten) und den Kommentar in der «Canadian HIV/Aids-Policy Review 8 (3), December 2003, 50, <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=750> (Zugriff 19.1.2009).

<sup>104</sup> Canadian HIV/Aids Legal Network, info sheet No. 5, Prosecutions under the Criminal Code, see: «Criminal negligence causing bodily harm», <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1318> (Zugriff 19.8.2009).

<sup>105</sup> Siehe hinten: HIV-Übertragung als Verstoß gegen die öffentliche Gesundheit?, 4.3.2.

<sup>106</sup> *R. v. CUERRIER*, 1998, 2 SCR 371, Supreme Court of Canada, siehe: <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1998/1998rcs2-371/1998rcs2-371.html> (Zugriff 19.8.2009).

Status aufgeklärt hatte. Die erste Partnerin gab vor Gericht an, im Wissen um die HIV-Infektion von Cuerrier hätte sie mit ihm keinen Geschlechtsverkehr gehabt. Der Gerichtshof argumentierte, durch die Nichtinformation über seinen HIV-Status hätte Cuerrier die Einwilligung seiner Partnerinnen zum Sexualverkehr betrügerisch erlangt, es fehle diesfalls an einem Konsens. In den Worten des Gerichts:

«Without disclosure of HIV status there cannot be a true consent. The consent cannot simply be to have sexual intercourse. Rather it must be consent to have intercourse with a partner who is HIV-positive. True consent cannot be given if there has not been a disclosure by the accused of his HIV-positive status. A consent that is not based upon knowledge of the significant relevant factors is not a valid consent. The extent of the duty to disclose will increase with the risks attendant upon the act of intercourse. To put it in the context of fraud the greater the risk of deprivation the higher the duty of disclosure. The failure to disclose HIV-positive status can lead to a devastating illness with fatal consequences. In those circumstances, there exists a positive duty to disclose. The nature and extent of the duty to disclose, if any, will always have to be considered in the context of the particular facts presented»<sup>107</sup>.

Ein *betrügerisch erlangter* Konsens lag vor, weil die vor dem Sexualkontakt nicht erfolgte Information über den HIV-Status als Verstoss gegen Treu und Glauben gewertet wurde *und* weil dieser Verstoss zu einem signifikanten Risiko einer Körperschädigung führte<sup>108</sup>. Die HIV-Infektion stellte für den Gerichtshof ein ausreichend signifikantes Schädigungsrisiko dar<sup>109</sup>.

Dem Gerichtshof blieb nicht verborgen, dass der Gebrauch von Kondomen das Risiko einer HIV-Übertragung reduzieren bzw. praktisch ausschliessen kann. Die Richter/innen kamen zum Schluss, dass (...) «Absolutely safe sex may be impossible. Yet the careful use of condoms might be found to so reduce the risk of harm that it could no longer be considered significant so that there might not be either deprivation or risk of deprivation»<sup>110</sup>.

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

«In summary, an individual who knows he is HIV-positive and has unprotected sexual intercourse without disclosing this condition to his partner may be found guilty of contravening the provisions of s. 265 of the *Criminal Code*. The section provides protection by way of deterrence for those in the position of

the complainants. This section like so many provisions of the *Code* is designed to protect society and this protective role must be recognized and enforced. It is right and proper for Public Health authorities to be concerned that their struggles against Aids should not be impaired. Yet the *Criminal Code* does have a role to play. Through deterrence it will protect and serve to encourage honesty, frankness and safer sexual practices. If the application of the *Criminal Code* really does impede the control of Aids it will be for Parliament to determine whether the protection afforded by the *Code* should be curtailed in the interests of controlling the plague solely by public health measures»<sup>111</sup>.

Diese erste Leitentscheidung zur HIV-Übertragung liess viele Fragen offen. Insbesondere hat der Gerichtshof sich nicht zweifelsfrei dazu geäussert, ob die Verpflichtung zur Offenbarung des HIV-Status auch dann gilt, wenn die Safer-Sex-Regeln angewendet werden<sup>112</sup>. Eine Entscheidung des Manitoba Gerichtshofes von Juli 2008 lässt den Schluss zu, dass die Offenbarungspflicht nur dann entfällt, wenn ein Kondom benutzt wird *und* sich die Viruslast im Zeitpunkt des ungeschützten Geschlechtsverkehrs nicht nachweisen lässt<sup>113</sup>. Auf diese Entscheidung wird weiter hinten noch vertieft eingegangen<sup>114</sup>.

#### 4.3.2.2. *R. v. Williams*

In der «Williams-Entscheidung»<sup>115</sup> hatte der Gerichtshof u.a. über das erforderliche Beweismass zu entscheiden, ob eine HIV-Übertragung durch die in Frage stehenden ungeschützten Sexualkontakte stattfand. Der Angeklagte Mr. Williams begann im Jahre 1991 eine 18 Monate dauernde Beziehung zu einer Frau. Die beiden hatten ungeschützten Geschlechtsverkehr. Im November 1991 wurden beide Partner auf HIV getestet, bei Mr. Williams fiel der Test positiv aus, bei seiner Partnerin negativ. Mr. Williams verschwieg seiner Partnerin das positive Testergebnis, weiterhin wurde ungeschützt miteinander verkehrt. Die Beziehung endete im Jahre 1992. Zwei Jahre später fiel auch der HIV-Test der Frau positiv aus. Das Gericht kam zum Schluss, es könne nicht rechtsgenügend bewiesen werden, dass die HIV-Übertragung durch Mr. Williams erfolgt sei<sup>116</sup>. Indes kam das Gericht zum Schluss, dass Herr Williams wegen versuchter schwerer Körperverletzung durch die ungeschützten Sexualkontakte zu bestrafen sei<sup>117</sup>.

<sup>111</sup> *R. v. Cuerrier* (FN 106), Rz. 147 ff.

<sup>112</sup> RICHARD ELLIOT, After Cuerrier, *Canadian Criminal Law and the Non-Disclosure of HIV-Positive Status*, Canadian HIV/Aids Legal Network, 1999, 17 ff.

<sup>113</sup> Court of Queens Bench Manitoba, *R. v. Mabior*, 2008 MBQB 201 (CanLII), Quelle: <http://www.canlii.org/en/mb/mbqb/doc/2008/2008mbqb201/2008mbqb201.html> (Zugriff 22.8.2009).

<sup>114</sup> Siehe hinten, Präzisierung des «signifikanten Risikos der HIV-Übertragung», 4.3.2.

<sup>115</sup> *R. v. Williams*, 2003, 2 SCR 134, Supreme Court of Canada. Quelle: <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2003/2003scc41/2003scc41.html> (Zugriff 19.8.2009).

<sup>116</sup> *R. v. Williams* (FN 115), Rz. 57.

<sup>117</sup> *R. v. Williams* (FN 115), Rz. 60 ff.

<sup>107</sup> *R. v. Cuerrier* (FN 106), Rz. 127.

<sup>108</sup> *R. v. Cuerrier* (FN 106), Rz. 128 ff, Rz. 135.

<sup>109</sup> *R. v. Cuerrier* (FN 106), Rz. 128.

<sup>110</sup> *R. v. Cuerrier* (FN 106), Rz. 129 ff.

Bestrafung wegen Versuchs setzt vorsätzliches Handeln voraus. Das Gericht erachtete den Vorsatz als gegeben. Aufschlussreich sind die folgenden Aussagen des Gerichts: «Once an individual becomes aware of a risk that he or she has contracted HIV, and hence that his or her partner's consent has become an issue, but nevertheless persists in unprotected sex that creates a risk of further HIV transmission without disclosure to his or her partner, recklessness is established»<sup>118</sup>.

Die Williams-Entscheidung wurde kritisiert. Namentlich Autoren des HIV/Aids Legal Networks Canada<sup>119</sup> argumentierten, es sei äusserst schwierig festzustellen, wann eine Person wissen müsste, dass sie HIV-positiv sein könnte. Der Fall zeige auch, dass Strafrecht nicht wirklich hilfreich sei, um HIV-Übertragungsrisiken zu vermeiden. Wenn Strafrecht nur bei bekanntem HIV-Status zur Anwendung komme, trage dies dazu bei, Personen vom HIV-Test abzuhalten. Wenn jedoch auch das fahrlässige Nichtwissen strafbar sei, eröffne dies einen fast unbeschränkten Anwendungsbereich des Strafrechts (...«is to invite an overly-broad application of serious criminal penalties and could lead to undesirable invasions of privacy as courts scrutinize whether a person was aware that their past activities put them at risk of HIV infection»)<sup>120</sup>.

#### 4.3.2.3. Präzisierung des «signifikanten Risikos der HIV-Übertragung»

Der «Manitoba Court» nahm in der Entscheidung *R. v. Mabior*<sup>121</sup> eine Präzisierung der Currier-Rechtsprechung bezüglich der Qualifikation des «signifikanten Risikos» des Geschlechtsverkehrs einer HIV-positiven Person vor. Dem Angeklagten wurde schwere sexuelle Körperverletzung («aggravated sexual assault») in mehreren Fällen vorgeworfen. Die Klage wurde mit der Tatsache begründet, dass der Angeklagte es unterlassen hatte, seine Sexualpartnerinnen über seine HIV-Infektion aufzuklären, die Sexualkontakte erfolgten zum Teil geschützt und zum Teil ungeschützt<sup>122</sup>.

Das Gericht beurteilte gestützt auf medizinische Evidenz die Risiken des geschützten bzw. ungeschützten Geschlechtsverkehrs und berücksichtigte dabei auch die neueren Erkenntnisse über die Nichtinfektiosität HIV-positiver Personen, deren Viruslast nicht mehr nachweisbar ist. Bezüglich der Sicherheit von Kondomen stützte sich das Gericht bei seiner Entscheidung auf Studien, die eine Versager-

quote von 20 Prozent belegten. Daraus schloss das Gericht «... I am persuaded that in those circumstances where protection was used and the accused was regarded as infectious by the medical evidence, that a significant risk of serious bodily harm existed»<sup>123</sup>. Unter der Voraussetzung, dass die Viruslast noch nachweisbar ist und damit eine reelle Übertragungsgefahr besteht, ändert die Verwendung des Kondoms folglich nichts an der Pflicht zur Offenbarung des HIV-Status vor dem Sexualverkehr. Hingegen anerkannte das Gericht, dass dann, wenn kumulativ keine Viruslast nachweisbar ist und ein Kondom verwendet wird, keine Informationspflicht besteht. Die Strafbarkeit besteht indessen dann, wenn zwar keine Viruslast mehr vorliegt, jedoch kein Kondom verwendet wird. Das Gericht setzte sich intensiv mit dem Statement der Eidgenössischen Kommission für Aids-Fragen (EKAF) über die Nichtinfektiosität<sup>124</sup> auseinander und ging auch ausführlich auf die Kritik ein<sup>125</sup>. Hervorgehoben wurde, dass das EKAF-Statement ungeschützten Geschlechtsverkehr nur in festen Beziehungen und beim Vorliegen eines Konsenses der Partner erwähne, «The Swiss Commission has also stipulated that the position outlined was applicable only to those couples who were in a stable relationship. As well, if all of the criteria were satisfied, unprotected sex should only be undertaken if that was the choice of an informed and uninfected partner; (...)»<sup>126</sup>.

Gestützt auf die differenzierten Ausführungen zu den unterschiedlichen Risiken der HIV-Übertragung verurteilte das Gericht den Angeklagten in vier Fällen wegen Nichtverwendung des Kondoms. In einem anderen Fall wurde der Angeklagte verurteilt, obwohl er ein Kondom verwendet hatte, jedoch in dieser Zeitspanne die Viruslast noch nachweisbar war. Ein Freispruch erfolgte hingegen in den drei Fällen, in denen der Angeklagte ein Kondom verwendete und in dieser Zeitspanne die Viruslast nicht mehr nachweisbar war<sup>127</sup>.

#### 4.3.2.4. HIV-Übertragung als Verstoss gegen die öffentliche Gesundheit?

Zu gegenteiligen Schlussfolgerungen kamen die Gerichte bislang bezüglich der Frage, ob die HIV-Übertragung auch gegen Art. 180 StGB-C (Verursachen einer Störung gegen die öffentliche Gesundheit) verstossen könne. Ein Gericht in Ontario kam 1992 zum Schluss, die durch Sexualkontakte mit bestimmten Individuen ausgelösten Risiken wären nicht unter dem Begriff der «öffentlichen Gesundheit» fassbar<sup>128</sup>.

<sup>118</sup> *R. v. Williams* (FN 115), Rz. 28.

<sup>119</sup> Siehe: <http://www.aidslaw.ca/EN/index.htm> (Zugriff 18.8.2009).

<sup>120</sup> Canadian HIV/Aids legal network, Supreme Court decision *R. v. Williams*, Notice and Commentary, 2003. Quelle: <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=22> (Zugriff 18.8.2009).

<sup>121</sup> Court of Queens Bench Manitoba, *R. v. Mabior*, 2008 MBQB 201 (CanLII), Quelle: <http://www.canlii.org/en/mb/mbqb/doc/2008/2008mbqb201/2008mbqb201.html> (Zugriff 18.8.2009).

<sup>122</sup> *R. v. Mabior* (FN 121), Rz. 9 ff.

<sup>123</sup> *R. v. Mabior* (FN 121), Rz. 116.

<sup>124</sup> Zum EKAF-Statement siehe PETER PAYOT MÖSCH/KURT PÄRLI, Der strafrechtliche Umgang mit HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerung, Teil 1, Kap. III. 6.3.

<sup>125</sup> *R. v. Mabior* (FN 121), Rz. 72 ff.

<sup>126</sup> *R. v. Mabior* (FN 121), Rz. 72.

<sup>127</sup> *R. v. Mabior* (FN 121), Rz. 116 ff.

<sup>128</sup> [1991] OJ No 544 (Gen Div) (QL) (application for restraining order under HPPA); [1991] OJ No 1460 (Gen Div) (QL) (bail

Anders entschied indes ein Gericht in Neufundland: «specific individuals are members of the public and it matters not whether deliberate unprotected sex is had with one, one thousand or one million members»<sup>129</sup>.

#### 4.3.2.5. Bestrafung der Mutter-Kind-Übertragung

Für Aufsehen sorgte im Jahre 2005 eine Entscheidung des Ontario Court of Justice. Eine HIV-positive Mutter wurde wegen «failing to provide the necessities of life» schuldig gesprochen. Die Frau hatte während ihrer Schwangerschaft die Einnahme der antiretroviralen Therapie abgebrochen und sie hatte ihren HIV-Status vor der Geburt dem medizinischen Team nicht offenbart, zudem hat sie nach der Geburt das Kind gestillt<sup>130</sup>. Es handelte sich um die erste Bestrafung einer Mutter wegen der Übertragung des HI-Virus auf ihr Kind.

#### 4.3.3. Häufigkeit von Verurteilungen und Täter/innenprofile

Bis zum Jahre 2008 wurden über 60 Verurteilungen bekannt. Die meisten Fälle betreffen HIV-positive Männer, die sexuelle Kontakte zu Frauen hatten. Bei einigen Verurteilten handelt es sich um Männer, die sexuelle Kontakte zu Männern hatten. Frauen wurden nur vereinzelt verurteilt. Seit dem Jahre 2000 wird eine steigende Anzahl an Gerichtsfällen festgestellt<sup>131</sup>. Die kanadischen Gerichtsfälle werden regelmässig

in der Zeitschrift «HIV/Aids Law and Policy Review» vorgestellt<sup>132</sup>.

#### 4.3.4. Fazit und Diskussion

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

Die kanadische Gerichtspraxis wird von Aidsorganisationen kritisiert. Bemängelt wird, dass äusserst wenig Evidenz für den Nutzen des Einsatzes des Strafrechts gegen die HIV-Übertragung vorliege. Ein menschliches Verhalten wie die Sexualität lasse sich nicht oder nur schlecht durch strafrechtliche Sanktionen leiten, dies zeige auch die Geschichte strafrechtlicher Verfolgung des Alkoholkonsums oder anderer Drogen, der Prostitution oder Homosexualität. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die Kriminalisierung der HIV-Übertragung den Strafverfolgungsbehörden ein weites Feld eröffne, «... The Privacy of confidential medical and counseling records is routinely lost when police search for evidence for a prosecution»<sup>133</sup>.

### 5. Zusammenfassendes Fazit

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

In allen untersuchten Rechtsordnungen kam es zu Verurteilungen wegen tatsächlicher oder versuchter Übertragung des HI-Virus durch ungeschützten Vaginal- und Analgeschlechtsverkehr. Keine gesicherte Rechtspraxis gibt es in mehreren Staaten bezüglich der Strafbarkeit ungeschützten

review hearing); (1992), 73 CCC (3d) 216 (Ont Ct Prov Div) (preliminary hearing dismissing common nuisance and administering noxious thing charges); (1993), 81 CCC (3d) 257 (Ont Ct Gen Div) (directed verdict acquitting on assault charges); [1993] OJ No 3273 (Gen Div) (QL) (decision to not deliver judgment on criminal negligence charges), siehe zu dieser Entscheidung: HIV/Aids legal network, Canadian Criminal Cases and HIV, 1999. Quelle: <http://www.hawaii.edu/hivandaids/Canadian%20Criminal%20Cases%20and%20HIV.pdf> (Zugriff 18.8.2009).

<sup>129</sup> R. v. *Hollihan*, 1998, Nfld Prov Ct QL. Zu dieser Entscheidung siehe: HIV/Aids legal network, Canadian Criminal Cases and HIV, 1999. Quelle: <http://www.hawaii.edu/hivandaids/Canadian%20Criminal%20Cases%20and%20HIV.pdf> (Zugriff 18.8.2009).

<sup>130</sup> Ontario Court of Justice, R. v. *J.J.* 2006 ONCJ 356, der Urteilstext kann hier heruntergeladen werden: <http://www.heart-intl.net/HEART/020108/RvJJOntCJ2006.pdf> (Zugriff 18.8.2009). Zum Urteil siehe auch: Canadian HIV/Aids Legal Network, info sheet No. 1, Prosecutions under the Criminal Code, see: «Transmission of HIV from mother to child», <http://www.aids-law.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1318> (Zugriff 18.8.2009).

<sup>131</sup> Allein für das Jahr 2008 werden in der Zeitschrift «HIV/Aids Policy and Law Review» (*allenfalls vom Autor einzufügende Zahl?*) Strafrechtsfälle besprochen, siehe HIV/Aids-Policy and Law Review No. 13, Dezember 2008, «Criminal law and cases of HIV transmission or exposure», 40 ff. Quelle: <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1410> (Zugriff 19.8.2009).

<sup>132</sup> Siehe jeweils die Rubrik «Canadian Courts», die Zeitschrift ist online erhältlich, hier: [http://www.aidslaw.ca/EN/publications/HIV\\_Aids\\_Policy\\_Law\\_Review/index.htm](http://www.aidslaw.ca/EN/publications/HIV_Aids_Policy_Law_Review/index.htm) (Zugriff 14.8.2009).

<sup>133</sup> Canadian HIV/Aids Legal Network, info sheet Does criminalizing HIV exposure make sense? <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1318> (Zugriff 13.8.2009).



Oralverkehrs. In den USA, Österreich, Schweden und Kanada kam es zu vereinzelt Verurteilungen, obwohl die Angeklagten ein Kondom verwendet, jedoch ihre Sexualpartner nicht über die HIV-Infektion informiert hatten. In Schweden sind HIV-Positive gesetzlich verpflichtet, Sexualpartner über die HIV-Infektion zu informieren und Safer Sex zu praktizieren. Einem neueren kanadischen Urteil zufolge wird differenziert zwischen HIV-positiven Personen mit oder ohne Nachweis der Viruslast. Sofern und soweit Sexualpartner/innen über die HIV-Infektion informiert werden und eine Einwilligung zum ungeschützten Geschlechtsverkehr vorliegt, entfällt die Strafbarkeit wegen Körperverletzungsdelikten sowohl in Deutschland wie in Kanada als auch in den Niederlanden.

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

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

Auffallend ist das kanadische Urteil aus dem Jahre 2005, in dem erstmals eine Mutter-Kind-Übertragung in strafrechtlicher Hinsicht relevant war. Auch das afrikanische Aids-

Modellgesetz sieht die Bestrafung der Mutter-Kind-Übertragung vor. Es ist nicht auszuschliessen, dass diese Frage auch in der schweizerischen Strafrechtspraxis virulent wird.

### III. Menschenrechtlicher Kontext

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

Eine wirkungsvolle Aidspolitik basiert auf der Anerkennung grundlegender Menschenrechte<sup>134</sup>. Dazu gehören namentlich das Recht auf Leben, das die Staaten zu einer wirkungsvollen HIV/Aids-Bekämpfung verpflichtet, das Recht auf persönliche Freiheit einschliesslich sexueller Selbstbestimmung, das Recht auf Schutz der Privatsphäre und Datenschutz sowie das Recht auf medizinische Versorgung<sup>135</sup>. Die Staaten treffen dabei Verpflichtungen auf drei Ebenen: Erstens müssen sie die Menschenrechte respektieren (obligations to respect), zweitens haben sie für einen wirkungsvollen Schutz der Menschenrechte auch in privaten Verhältnissen zu sorgen (obligations to protect) und drittens müssen sie die Verwirklichung der Menschenrechte fördern (obligations to fulfil)<sup>136</sup>.

Greift der Staat durch straf- oder polizeirechtliche Massnahmen in die Freiheit oder in das Vermögen der Bürgerinnen und Bürger ein, ist dies nur innerhalb menschenrechtlicher Schranken zulässig. Hier zeigt sich die Bedeutung der «obligations to respect» gegenüber Virusträgern und Virusträgerinnen. Straf- wie verwaltungsrechtliche Massnahmen gegenüber Menschen mit HIV/Aids haben namentlich das Menschenrecht auf sexuelle Selbstbestimmung<sup>137</sup>, das Recht auf Privatsphäre und Datenschutz<sup>138</sup> sowie das Recht auf persönliche Freiheit<sup>139</sup> zu respektieren. Beschränkungen dieser (und anderer) Menschenrechte müssen stets auf einer ausreichend klaren und bestimmten gesetzlichen Grundlage beruhen<sup>140</sup>. Zudem muss die konkrete Massnahme im öffent-

<sup>134</sup> 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, 56.

<sup>135</sup> JOSEPH AMON, *Preventing the Further Spread of HIV/AIDS, the Essential Role of Human Rights*, New York 2006, 1 ff., siehe auch: Canadian Aids-Legal-Network, *Programming HIV/Aids, a Human Rights Approach, a tool for international development and community-based organizations responding to HIV/Aids*, Canadian Version, Montreal 2004, siehe <http://www.aidslaw.ca/publications/publicationsdocEN.php?ref=596> (Zugriff: 15.8.2009).

<sup>136</sup> Canadian Aids-Legal-Network, siehe FN 133.

<sup>137</sup> Zum Recht auf sexuelle Selbstbestimmung im Zusammenhang mit der HIV/Aids-Bekämpfung siehe GAUPNER (FN 60).

<sup>138</sup> In der Schweiz verankert in Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 BV.

<sup>139</sup> In der Schweiz verankert in Art. 10 BV.

<sup>140</sup> In der Schweiz verankert in Art. 36 Abs. 1 BV.

lichen Interesse liegen und insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen<sup>141</sup>. Diese menschenrechtlichen Schranken staatlichen Umgangs mit der HIV-Infektion binden den Gesetzgeber, aber auch die Verwaltung und die Gerichte<sup>142</sup>.

Die «obligations to protect» verlangen vom Staat den aktiven Schutz der Menschenrechte. Hinsichtlich der HIV-Infektion bedeutet dies, dass die Menschen einen Anspruch darauf haben, dass der Staat die HIV-Infektion aktiv und mit geeigneten Mitteln bekämpft<sup>143</sup>. Strafrechtsnormen zum Schutze von Leib und Leben bilden Ausdruck der Schutzpflicht des Staates zum Schutz des Lebens und der körperlichen Integrität<sup>144</sup>. Insoweit sind auch Strafrechtsnormen, die eine Übertragung des HI-Virus unter Strafandrohung stellen, menschenrechtlich motiviert. Es gilt indes zu beachten, dass solche Strafrechtsnormen nur dann dem Schutz der Menschenrechte dienen, wenn sie auch tatsächlich Leib und Leben der HIV-negativen Bevölkerung dienen. Die bisherigen Erkenntnisse über die Wirksamkeit strafrechtlicher Normen gegen die HIV-Übertragung lassen diesen Schluss nicht zu<sup>145</sup>. Zudem setzt der Einsatz des Strafrechts immer einen menschenrechtlichen Abwägungsentscheid voraus.

Die Kriminalisierung der HIV-Übertragung kollidiert mit dem Menschenrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, wenn auch der einvernehmliche ungeschützte Sexualkontakt bestraft wird, wie dies in der Schweiz nach gängiger Gerichtspraxis der Fall ist. Weiter erscheint in menschenrechtlicher Hinsicht eine Massnahme wie die Verpflichtung zur Meldung der Sexualpartner an eine Justizvollzugsstelle<sup>146</sup> äusserst problematisch.

Zu den «obligations to protect» gehört auch der Schutz vor Diskriminierung unter Privaten<sup>147</sup>. «Obligations to fulfil» spielen eine zentrale Rolle im Zusammenhang mit der Gewährung wirtschaftlicher und sozialer Rechte. Diese sind für die HIV-Prävention zentral. Die auf der Lernfähigkeit der Individuen basierende Public Health-Strategie der Bekämpfung von Aids erweist sich dann als wirksam, wenn sie die *Förderung der Solidarität und Nichtausgrenzung* mit von HIV/Aids Betroffenen und von HIV/Aids Gefährdeten beinhaltet<sup>148</sup>. UNAIDS-Berichte zeigen auf, dass Stigmatisierung, Diskriminierungen und andere Menschenrechtsverletzungen fatale Auswirkungen auf die epidemiologische Entwicklung

zeigen<sup>149</sup>. Entsprechend fordert UNAIDS «rights-based anti-discriminatory policies and legislation»<sup>150</sup>.

Die Menschenrechte zwingen den Staat und die Gesellschaft zu einem rationalen Umgang mit einer Krankheit, die insbesondere zu Beginn ihres Auftretens irrationale, kollektive Ängste hervorgerufen hat. Untaugliche, repressive Mittel der Epidemienbekämpfung wurden proklamiert. So wurden in Deutschland wie in der Schweiz in den achtziger Jahren von Ärzten und Politikern Vorschläge in die Diskussion gebracht, zur Vermeidung von Neuansteckungen seien HIV-Infizierte mit einer Tätowierung im Genitalbereich zu kennzeichnen<sup>151</sup>. Ein solches staatlich verordnetes, konsequentes Sichtbarmachen einer Krankheit wurde nicht umgesetzt. Massive invasive seuchenpolizeiliche Massnahmen wie z.B. die Internierung von Erkrankten waren und sind mit Gesetz und Verfassung nicht zu vereinbaren, die Brandmarkung im Intimbereich schon gar nicht. «*Recht gegen Aids*», schrieben die Autorinnen und Autoren der 1987 erschienenen Publikation, «*heisst Schutz des Einzelnen vor aidsbedingter Unterdrückung durch Staat und Gesellschaft*». Das Recht solle nicht *gegen die Menschen mit HIV/Aids* eingesetzt werden, sondern als Mittel zur Bekämpfung der HIV-Infektion<sup>152</sup>. Recht, so lässt sich zugespitzt festhalten, schützt vor Aids, vor allem dann, wenn die Einhaltung und Verwirklichung der Menschenrechte als *Orientierung, Schranke und Gradmesser* der HIV/Aidspolitik dient.

## 2. Positionen gegen die Kriminalisierung der HIV-Übertragung

### 2.1. Die Haltung der UNAIDS

Im Jahre 2002 publizierte die UNAIDS ein Policy Dokument zum Verhältnis von Strafrecht und öffentlicher Gesundheit im Zusammenhang mit der HIV-Übertragung<sup>153</sup>. Im Kontext der zunehmenden Kriminalisierung der HIV-Übertragung diskutierte fünf Jahre später (2007) eine «UNAIDS Reference Group on HIV and Human Rights» die durch die Kriminalisierung aufgeworfenen Probleme<sup>154</sup>. Grundsätzlich wurde argumentiert, «Criminal and/or public health legislation should not include specific offences against deliberate and

<sup>141</sup> In der Schweiz verankert in Art. 36 Abs. 2 und Abs. 3 BV.

<sup>142</sup> In der Schweiz verankert in Art. 36 Abs. 1 und Abs. 3 BV.

<sup>143</sup> PÄRLI (FN 2), 219 ff.

<sup>144</sup> Zur Problematik siehe grundsätzlich: OTTO LAGODNY, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Freiburg im Breisgau 1995, insbes. 256 ff.

<sup>145</sup> Siehe weiter vorne, 2.2.3. Umstrittene Wirkung der Strafrechtsnormen.

<sup>146</sup> Siehe Urteil H020 Bezirksgericht Zürich 3. Abteilung – Prozess Nr. DG050473/U – Urteil vom 15.3.2006 (erstinstanzlich).

<sup>147</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER (FN 134), 107.

<sup>148</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Nationales HIV/Aids-Programm 2004–2008, 10.

<sup>149</sup> UNAIDS, HIV – Related Stigma, Discrimination and Human Rights Violations, Case studies of successful programmes, Genf 2005, 75.

<sup>150</sup> UNAIDS (FN 149), 73.

<sup>151</sup> BAUMANN (FN 1), 43.

<sup>152</sup> PAUL BAUMANN/THOMAS GEISER ET AL., *Recht gegen Aids*, Zürich 1987, 2 (Vorwort der Herausgeber).

<sup>153</sup> UNAIDS, «Criminal Law, Public Health and HIV Transmission – A Policy Options Paper», Geneva 2002, siehe [http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub02/JC733-CriminalLaw\\_en.pdf](http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub02/JC733-CriminalLaw_en.pdf) (Zugriff 15.8.2009).

<sup>154</sup> Siehe das Diskussionspapier dieser Expertengruppe: [http://data.unaids.org/pub/BaseDocument/2006/070216\\_HHR\\_3\\_Criminalization.pdf](http://data.unaids.org/pub/BaseDocument/2006/070216_HHR_3_Criminalization.pdf) (Zugriff 15.8.2009).

intentional transmission of HIV but should rather apply general criminal offences to these exceptional cases»<sup>155</sup>. Darüber hinaus erörtern die Experten Fragen wie diejenigen, ob lediglich die tatsächliche HIV-Übertragung bestraft werden solle (actual transmission) oder ob auch der Versuch strafbar sein solle («exposure to transmission») <sup>156</sup>. Diskutiert wurde weiter, ob Strafrecht nur bei vorsätzlicher HI-Virus-Übertragung oder auch bei Fahrlässigkeit eingesetzt werden solle<sup>157</sup>. Schliesslich wurde gefragt, ob HIV-positive Menschen nur eine moralische oder auch eine rechtliche Pflicht haben (sollen), ihre Sexualpartner über den HIV-Status aufzuklären<sup>158</sup>.

Gestützt auf die erwähnten Vorarbeiten publizierte die UNAIDS im Rahmen der Weltaids-Konferenz in Mexiko 2008 ihre Stellungnahme zur Kriminalisierung in einem Policy-Dokument<sup>159</sup>. Die UNAIDS befürwortet die Kriminalisierung der HIV-Übertragung nur bei «intentional transmission – where a person knows his or her HIV positive status, acts with the intention to transmit HIV, and does in fact transmit it»<sup>160</sup>. In allen anderen Fällen sei auf die Kriminalisierung der HIV-Übertragung zu verzichten, insbesondere dann, wenn

- die Person gar nicht weiss, dass sie HIV-positiv ist,
- die Person nicht weiss, wie HIV übertragen wird,
- die Person den HIV-Status dem Sexualpartner bekannt gibt oder nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass dieser Kenntnis davon hatte,
- die Person den HIV-Status nicht bekannt gab, weil begründete Angst vor Gewalt oder anderen negativen Konsequenzen geltend gemacht werden kann,
- die Safer-Sex-Regeln eingehalten wurden oder
- das Risiko einer HIV-Übertragung mit dem Sexualpartner im Voraus besprochen wurde<sup>161</sup>.

Für die UNAIDS führt die unverhältnismässig breite Anwendung von Strafrecht gegen die HIV-Übertragung zu einem erhöhten Stigmatisierungs- und Diskriminierungsrisiko gegen Menschen mit HIV/Aids und hat somit negative Auswirkungen auf den Zugang zur Prävention, Behandlung, Pflege und Beratung<sup>162</sup>. Statt die HIV-Übertragung zu kriminalisieren werden den Staaten Aids-Programme empfohlen, welche

die Menschenrechte sowohl der HIV-negativen wie der HIV-positiven Bevölkerung garantieren. Solche Programme sollen den Zugang zu freiwilligen HIV-Tests und zu Beratung erleichtern und «should include *positive* prevention efforts which empower people to living with HIV to avoid transmitting HIV to other, to voluntarily disclose their positive status in safety, avoid new sexually transmitted infections, and delay HIV disease progression»<sup>163</sup>.

Die UNAIDS widersetzt sich auch jeder gesetzlichen Verpflichtung zur Information über den HIV-Status gegenüber Sexualpartnern oder medizinischem Personal und begründet dies wie folgt: «Everyone has the right to privacy about their health and should not be required by law to reveal such information, especially where it might lead to serious stigma, discrimination and possibly violence, as in the case of HIV status»<sup>164</sup>. Die UNAIDS hält jedoch klar fest, dass alle Personen eine *ethische* Verpflichtung hätten, andere nicht zu verletzen. Unter Bezugnahme auf die «Political Declaration on HIV» erachtet die UNAIDS die staatliche Propagierung von Safer Sex und der freiwilligen Offenbarung des HIV-Status als notwendig. Solche Programme müssten jedoch den Schutz vor Diskriminierung und die Garantie der Menschenrechte von Menschen mit HIV/Aids beinhalten<sup>165</sup>.

## 2.2. Zehn Gründe gegen die Kriminalisierung: Das Argumentarium des «Open Society Institutes»

Das «Open Society Institute» ist eine Nichtregierungsorganisation mit Sitz in New York. Das Institut setzt sich für die Förderung toleranter Demokratien ein<sup>166</sup>. Tätigkeitsgebiete bilden u.a. die öffentliche Gesundheit und HIV/Aids. Im Nachgang zur Weltaidskonferenz in Mexiko 2008 erarbeitete das Institut zusammen mit Aids-Organisationen eine umfassende Begründung, weshalb die Kriminalisierung der HIV-Übertragung falsch ist. Im Einklang mit der Position der UNAIDS wird die strafrechtliche Sanktionierung der HIV-Übertragung in klar abgrenzbaren Ausnahmefällen bejaht. Als Alternative der strafrechtlichen Sanktionierung der HIV-Übertragung ausserhalb dieser Fälle wird den Staaten im Thesenpapier empfohlen, Menschen mit HIV/Aids wirksam vor Diskriminierung zu schützen. So werde ein Klima geschaffen, in dem HIV-gefährdete Menschen freiwillig HIV-Testangebote in Anspruch nehmen, Safer Sex Praktiken ausüben und den allfällig positiven HIV-Status den Sexualpartnern/innen freiwillig offenlegen: «When there are low levels of stigma and discrimination in a social setting, people

<sup>155</sup> Zum gleichen Schluss kommt auch der Bericht WHO Europe: «WHO technical consultation in collaboration with the European Aids Treatment Group and Aids Action Europe on the criminalization of HIV and other sexually transmitted infections», October 2006, 14. Zum Bericht: <http://www.euro.who.int/document/e88049.pdf>.

<sup>156</sup> Diskussionspapier der Expertengruppe (FN 154), Diskussionspunkt 6.

<sup>157</sup> Diskussionspapier der Expertengruppe (FN 154), Diskussionspunkt 7.

<sup>158</sup> Diskussionspapier der Expertengruppe (FN 154), Diskussionspunkt 8.

<sup>159</sup> UNAIDS (FN 3).

<sup>160</sup> UNAIDS (FN 3).

<sup>161</sup> UNAIDS (FN 3), 1 (Introduction).

<sup>162</sup> UNAIDS (FN 3), 3 (Concerns about miscarriage of justice).

<sup>163</sup> UNAIDS (FN 3), 2 (Alternatives to criminal law).

<sup>164</sup> UNAIDS (FN 3), 4 (Disclosure and partner notification).

<sup>165</sup> UNAIDS (FN 3), 4 (Disclosure and partner notification).

<sup>166</sup> Zum Mission-Statement des Open Society Institutes siehe dessen Homepage: <http://www.soros.org>.

feel empowered to get tested for HIV and prevent the onward transmission of HIV»<sup>167</sup>.

Die Publikation enthält zehn Gründe, die gegen eine Kriminalisierung sprechen. Diese thesenartigen Punkte sind ausführlich kommentiert und werden nachfolgend, zum Teil mit Auszügen aus deren Begründung, dargestellt<sup>168</sup>:

1. Die Kriminalisierung von HIV-Übertragungen ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Übertragung in der böswilligen Absicht, anderen Schaden zuzufügen, erfolgt. In diesen seltenen Fällen kann und sollte, anstatt neue HIV-spezifische Gesetze zu erlassen, die Anwendung des bereits existierenden Strafrechts erfolgen.
2. Die Anwendung des Strafrechts auf HIV-Exposition oder -Übertragung reduziert nicht die Ausbreitung von HIV.

*Diese These wird mit der fehlenden wissenschaftlichen Begründung für die Nützlichkeit des Strafrechts zur Bekämpfung der HIV-Epidemie begründet*<sup>169</sup>.

3. Die Anwendung des Strafrechts auf HIV-Exposition oder -Übertragung untergräbt Bemühungen der HIV-Prävention.

*Hier wird argumentiert, die strafrechtliche Sanktion der HIV-Übertragung führe zu einem falschen Sicherheitsgefühl bei der HIV-negativen Bevölkerung. Zudem führe die Strafbarkeit der HIV-Übertragung zu Misstrauen zwischen den HIV-positiven Personen und Betreuungspersonen, da die Information über eine HIV-Übertragung an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet werden könnte*<sup>170</sup>.

4. Die Anwendung des Strafrechts auf HIV-Exposition oder -Übertragung verbreitet Angst und führt zu Stigmatisierung.
5. Anstatt Frauen Gerechtigkeit zu verschaffen, gefährdet sie die Anwendung des Strafrechts auf HIV-Exposition und -Übertragung und trägt zu einer weiteren Unterdrückung bei.
6. Die Gesetze, die HIV-Exposition und -Übertragung kriminalisieren, sind zu weit gefasst und bestrafen oftmals Verhalten, das nicht schuldhaft ist.
7. Die Gesetze, die HIV-Exposition und -Übertragung kriminalisieren, werden oft ungerecht, selektiv und unwirksam angewendet.

<sup>167</sup> Aus: «Ten reasons to oppose the criminalization of HIV-exposure or transmission», 5 (Quelle: [http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles\\_publications/publications/10reasons\\_20080918/10reasons\\_20081201.pdf](http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918/10reasons_20081201.pdf) (Zugriff: 22.8.2009)).

<sup>168</sup> Aus der deutschen Übersetzung des Dokuments, zu beziehen hier: [http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles\\_publications/publications/10reasons\\_20080918](http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918) (Zugriff: 13.8.2009).

<sup>169</sup> Aus: «Ten reasons to oppose the criminalization of HIV-exposure or transmission», 7. (Quelle: [http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles\\_publications/publications/10reasons\\_20080918/10reasons\\_20081201.pdf](http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918/10reasons_20081201.pdf) (Zugriff: 22.8.2009)).

<sup>170</sup> Aus: «Ten reasons to oppose the criminalization of HIV-exposure or transmission», 8. (Quelle: [http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles\\_publications/publications/10reasons\\_20080918/10reasons\\_20081201.pdf](http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918/10reasons_20081201.pdf) (Zugriff: 22.8.2009)).

*Strafrechtliche Verfolgung der HIV-Übertragung berge das Risiko einer selektiven und willkürlichen Vorgehensweise der Untersuchungsbehörden, insbesondere ohnehin marginalisierte gesellschaftliche Gruppen wären einem vergleichsweise hohen Verfolgungsrisiko ausgesetzt. Zudem wird erwähnt, die Kriminalisierung führe zu gravierenden Verletzungen der Privatsphäre*<sup>171</sup>.

8. Die Gesetze, die HIV-Exposition und -Übertragung kriminalisieren, verdecken die wahre Herausforderung der HIV-Prävention.
9. Anstatt Gesetze einzuführen, die HIV-Exposition und -Übertragung unter Strafe stellen, sollten die Gesetzgeber die Gesetze reformieren, die der HIV-Prävention und -Behandlung im Weg stehen.
10. Bestrebungen, die auf Menschenrechten gründen, sind am effektivsten.

*Die breite Kriminalisierung von HIV-Exposition und -Übertragung gefährde die auf Menschenrechten basierenden Programme im Kampf gegen HIV*<sup>172</sup>.

Angesichts der weltweit und auch in der Schweiz festzustellenden zunehmenden Tendenz, die HIV-Übertragung zu kriminalisieren, stellt das Thesenpapier ein wichtiges Instrument von Aids-Organisationen dar, um im politischen Prozess gegen die Einführung oder Anwendung spezifischer HIV/Aids-Strafnormen argumentieren zu können.

## IV. Der «new Public Health-Ansatz» zur Bekämpfung der HIV-Infektion

### 1. Die epidemienrechtliche Ausgangslage

Das (noch) geltende Epidemiengesetz (EpG) stützt sich auf Art. 118 Abs. 2 lit. b der Bundesverfassung (BV) und stammt aus dem Jahre 1970. In Art. 1 EpG werden Bund und Kantone verpflichtet, die nötigen Massnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu treffen. Art. 2 EpG definiert u.a. den Begriff der übertragbaren Krankheit. Übertragbare Krankheiten sind durch Erreger verursacht und können unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden. Im Weiteren weist das Gesetz bestimmte Aufgaben dem Bund (Art. 3–10 EpG) und den Kantonen (Art. 11–26 EpG) zu. Spitäler, Ärzte und Labors trifft eine Meldepflicht über-

<sup>171</sup> Aus: «Ten reasons to oppose the criminalization of HIV-exposure or transmission», 17 f. (Quelle: [http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles\\_publications/publications/10reasons\\_20080918/10reasons\\_20081201.pdf](http://www.soros.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918/10reasons_20081201.pdf) (Zugriff: 22.2.2009)).

<sup>172</sup> Aus: «Ten reasons to oppose the criminalization of HIV-exposure or transmission», 24 (Quelle: [http://www.soro.org/initiatives/health/focus/law/articles\\_publications/publications/10reasons\\_20080918/10reasons\\_20081201.pdf](http://www.soro.org/initiatives/health/focus/law/articles_publications/publications/10reasons_20080918/10reasons_20081201.pdf) (Zugriff: 22.2.2009)); siehe zur Bedeutung der Menschenrechte im Kampf gegen die HIV-Epidemie und zur Disfunktionalität des Strafrechts auch PÄRLI (FN 2).

tragbarer Krankheiten (Art. 27 EpG). Der Bund ist namentlich für die Information (Art. 3 EpG) der Bevölkerung und die Oberaufsicht und Koordination zuständig (Art. 9 EpG), während die Kantone die eigentlichen gesundheitspolizeilichen Massnahmen durchzuführen haben<sup>173</sup>.

Mit dem Auftreten von HIV/Aids in den achtziger Jahren wurde die Frage virulent, inwieweit sich epidemienrechtliche Massnahmen als Mittel im Kampf gegen die HIV-Epidemie eignen. Dabei war und ist unbestritten, dass die HIV-Infektion als solche unter den Krankheitsbegriff des EpG fällt<sup>174</sup>. Weit weniger unbestritten war indes, ob Art. 3 EpG eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Aids-Präventionskampagne des Bundes darstellt. Umstritten war weiter, inwieweit sich die im EpG vorgesehenen gesundheitspolizeilichen Massnahmen zur HIV-Infektionsbekämpfung eignen. Zudem musste geklärt werden, ob zur Überwachung der Epidemie die namentliche Erfassung der HIV-Träger/innen notwendig ist.

## 2. Die Entscheidung für einen «new Public Health Ansatz»

### 2.1. Ablehnung gesundheitspolizeilicher Zwangsmassnahmen

Das EpG sieht in den Art. 15 bis 21 verschiedene Zwangsmassnahmen (ärztliche Überwachung, Absonderung, Untersuchung, Verbot bestimmter Tätigkeiten oder Berufe) vor. Solche Zwangsmassnahmen stellen Mittel der klassischen Seuchenbekämpfung dar<sup>175</sup>. Weiter sieht das EpG die obligatorische Untersuchung von Personen vor, die bestimmte Tätigkeiten oder Berufe ausüben (Art. 19 Abs. 2 EpG). Diese Massnahmen dienen der Krankheitsbekämpfung und -verhütung, und zwar sowohl dem Schutz der gesunden Bevölkerung, als auch dem Schutz der Kranken und Infizierten. Zumindest zu Beginn der HIV-Epidemie wurde der Einsatz

solcher Instrumente von verschiedener Seite gefordert. Diskutiert wurden die Isolation von an AIDS erkrankten Personen, die obligatorische HIV-Testung und die sogenannte Partnernotifikation (Mitteilung des HIV-Befundes an den oder die Sexualpartner/innen des Patienten oder der Patientin)<sup>176</sup>. Aus juristischer Sicht wurde eingewendet, solche Zwangsmassnahmen würden die Grundrechtssphären der von HIV/Aids betroffenen Menschen verletzen; alle individuellen Massnahmen gegen die HIV-Infektion hätten den Anforderungen an Grundrechtseingriffe zu genügen<sup>177</sup>. Für auf das Epidemiengesetz gestützte Grundrechtseingriffe in verfassungsmässige Freiheitsrechte gelten die üblichen verfassungsmässigen Voraussetzungen von Einschränkungen der Grundrechte, wie insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip<sup>178</sup>.

Das geltende Epidemiengesetz sieht in Art. 35 EpG eine Strafbestimmung vor. So kann mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bestraft werden, wer sich vorsätzlich oder fahrlässig angeordneten Untersuchungs- und Absonderungsmassnahmen entzieht (Art. 35 Abs. 1 lit. a und c EpG) oder wer Erreger in den Verkehr bringt, ohne den Abnehmer so zu informieren und anzuweisen, dass dieser beim Umgang mit den Erregern den Menschen nicht gefährdet (Art. 35 Abs. 1 lit. h EpG). Die Anwendung der epidemienrechtlichen Strafbestimmungen steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass keine schwere Straftat nach StGB vorliegt. Art. 231 StGB geht deshalb den Tatbeständen von Art. 35 Abs. 1 und 2 vor<sup>179</sup>.

Sehr rasch setzte sich indes in der Schweiz die Auffassung durch, die HIV-Epidemie lasse sich mit den klassischen Mitteln der Seuchenbekämpfung nicht erfolgreich bekämpfen<sup>180</sup>. Eine solche hätte erfordert, alle Infizierten festzustellen und von der übrigen Gesellschaft zu isolieren<sup>181</sup>. Zu verfassungs-

<sup>173</sup> MIKE SCHÜPBACH/PETER FORSTER/THOMAS ZELTNER, Krankheitsbekämpfung, in: Thomas Poledna/Ueli Kieser (Hrsg.), Gesundheitsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. VIII, Zürich 2005, N 31.

<sup>174</sup> MARIO PEDRAZZINI, HIV im Persönlichkeitsrecht und öffentlichen Recht im Zusammenhang mit der HIV-Infektion bzw. mit Aids, in: AIDS-Aufklärung Schweiz (Hrsg.), HIV und Recht, Basel 1999, 62 ff.; CHRISTOPH ZENGER, Öffentlichrechtlicher Teil, in: Olivier Guillod/Peter von Kunz/Christoph Zenger (Hrsg.), Fragen der Partnernotifikation, des Contact Tracing und der HIV-Tests aus der Sicht des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, des Zivilrechts und des Strafrechts, Bern 1999, 101 ff.; MARKUS MÜLLER, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, Das Epidemiengesetz und die persönliche Freiheit, Basel und Frankfurt 1992, 57.

<sup>175</sup> BEAT ROOS/HEINRICH KOLLER, Aids als gesundheitspolitische und rechtspolitische Herausforderung, in: Bundesamt für Gesundheit/Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Recht & Aids, Bern 1990, 10.

<sup>176</sup> VICTOR ROTH, Staatliche Zwangsmassnahmen zur Bekämpfung von Aids?, in: Baumann et al. (Hrsg.), Recht gegen Aids, Bern 1987, 15 ff. Zur Partnernotifikation siehe insbesondere: ZENGER (FN 174), 33.

<sup>177</sup> WALTER HALLER, Grundrechte und Epidemiengesetz, in: Bundesamt für Gesundheit/Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Recht & Aids, Bern 1990, 57 ff.; KURT PÄRLI/KARIN KUCERA MÜLLER/STEFAN SPYCHER, Aids, Recht und Geld, Eine Untersuchung der rechtlichen und wirtschaftlichen Probleme von Menschen mit HIV/Aids, Zürich 2003, 82 ff., insbes. 85; ROTH (FN 176), 29 ff.

<sup>178</sup> HALLER (FN 177), 64 f.; MÜLLER (FN 174), 78 ff.

<sup>179</sup> 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 (<http://www.ekaf.ch>), 31.

<sup>180</sup> THOMAS GÄCHTER/IRENE VOLLENWEIDER, Gesundheitsrecht, Basel 2008, N 232; BUNDESAMT GESUNDHEIT (FN 148), 10.

<sup>181</sup> BERTINO SOMAINI, Aids/HIV-Bekämpfungsstrategie UNAIDS, HIV – Related Stigma. Discrimination and Human Rights Violations, Case studies of successful programmes, Genf, in: Bundesamt für Gesundheit/Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Recht & Aids, Bern 1990, 19.

rechtlichen Bedenken<sup>182</sup> kamen ganz praktische Einwände der enormen Kosten und des unsicheren Erfolgs dieser Strategie<sup>183</sup>. Dem klassischen Seuchenmodell der Krankheitsbekämpfung wurde ein Lern- oder Verantwortlichkeitsmodell gegenübergestellt<sup>184</sup>. ROLF ROSENBROCK formuliert diese beiden Handlungsalternativen folgendermassen:

«Auf der einen Seite stand die klassische Seuchenstrategie nach dem «old public health» Paradigma, die individuelle Suchtstrategie, im amerikanischen Sprachgebrauch «control and containment». Sie steht unter der Leitfrage: Wie ermitteln wir möglichst schnell möglichst viele Infektionsquellen, und wie legen wir diese still? Ihr gegenüber stand die auf «new public health», also auf moderne gesundheitswissenschaftliche Konzepte gegründete gesellschaftliche Lernstrategie, im amerikanischen Sprachgebrauch «inclusion and cooperation». Sie sucht und realisiert Antworten und möglichst zeitstabil gesellschaftliche Lernprozesse, mit denen sich Individuen, soziale Gruppen, Institutionen und die gesamte Gesellschaft maximal präventiv und ohne Diskriminierung der Betroffenen ein Leben mit dem bis auf weiteres unausrottbaren Virus einstellen können?»<sup>185</sup>.

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

Ziele der schweizerischen Aids-Politik waren und sind die Minimierung der Anzahl von Neuinfektionen, die Verhinderung der Ausgrenzung und eine bedürfnisgerechte Krankenversorgung<sup>186</sup>. Die Mittel dazu bilden die Präventionsbotschaft für die ganze Bevölkerung (STOP-AIDS-Kampagne), ergänzt durch die zielgruppenspezifische Information, Motivation sowie individuelle Prävention und Beratung<sup>187</sup>. Dabei wird an die Verantwortung sowohl der HIV-positiven wie der HIV-negativen Bevölkerung appelliert<sup>188</sup>.

Die Präventionskampagnen wie die zielgruppenspezifische Prävention sind *grundsätzlich* epidemienrechtlich abgestützt (Art. 3 EpG)<sup>189</sup>. Soweit die Kampagnen eine eigentliche staatliche Lenkung des Verhaltens der Bürgerinnen und Bürger beabsichtigen, stellen sich Fragen nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit<sup>190</sup>. In der Lehre wird ar-

gumentiert, das Grundrecht auf persönliche Freiheit werde durch die Präventionskampagnen nicht oder nur geringfügig berührt<sup>191</sup>. Soweit indes die Verhaltensempfehlungen als Ersatz für klassische epidemienrechtliche Massnahmen dienen, wird bezweifelt, ob Art. 3 EpG noch als formelle Gesetzesgrundlage ausreicht<sup>192</sup>.

## 2.3. Die HIV-Infektion als meldepflichtige Krankheit

Ein funktionierendes Überwachungssystem bildet eine wichtige Säule der Infektionskontrolle. Dabei geht es darum, den Beginn wie den Verlauf einer Epidemie zu erkennen und zu kontrollieren<sup>193</sup>. Art. 27 EpG verleiht dem Bundesrat die Kompetenz zur Verankerung von Meldepflichten über gesundheitsrelevante Daten. Die sogenannte Melde-Verordnung (MeldV) konkretisiert die in Art. 27 EpG den Ärzten, Spitälern und Laboratorien auferlegte Pflicht zur Meldung von übertragbaren Krankheiten<sup>194</sup>. Die Meldepflichten bezwecken sowohl die Früherfassung von Krankheitsausbrüchen wie die epidemiologische Überwachung übertragbarer Krankheiten sowie die fortlaufende Bewertung von vorbeugenden Massnahmen<sup>195</sup>. In der «Verordnung des Eidg. Departements des Innern (EDI) über Arzt- und Labormeldungen»<sup>196</sup> werden die meldepflichtigen Beobachtungen übertragbarer Krankheiten sowie Meldekriterien und Meldefristen definiert und bestimmt (Art. 1 VO-EDI Arzt- und Labormeldungen). Bei einer Erstmeldung durch eine Ärztin oder einen Arzt werden lediglich das Geschlecht, das Geburtsdatum, der Wohnort, der erste Buchstabe des Vornamens und die Anzahl Buchstaben desselben angegeben<sup>197</sup> (Art. 6 lit. C MeldV), sofern nicht eine nach der VO-EDI personenidentifizierende Meldung verlangt ist.

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

<sup>182</sup> ROTH (FN 176), 25 ff.; HALLER (FN 177), 57 ff.

<sup>183</sup> SOMAINI (FN 181), 20.

<sup>184</sup> GÄCHTER/VOLLENWEIDER (FN 180), N 292; BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 148), 10.

<sup>185</sup> ROLF ROSENBROCK, Aids-Politik, Gesundheitspolitik und Schwulenpolitik, in: Rolf Rosenbrock/Doris Schaeffer (Hrsg.), Die Normalisierung von Aids, Politik – Prävention – Krankenversorgung, Berlin 2002, 113.

<sup>186</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 148), 51.

<sup>187</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 148), 18 ff.

<sup>188</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 148), 53.

<sup>189</sup> GÄCHTER/VOLLENWEIDER (FN 180), N 294; SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER (FN 173), N 27; MÜLLER (FN 174), 65; BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 148), 15.

<sup>190</sup> Siehe dazu die Dissertation von PATRICK NÜTZI, Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information, Strukturen – Zuläs-

sigkeit – Haftung, illustriert an den Beispielen AIDS und Listeriose, Diss. Bern 1995, 52–54 und 105 ff.

<sup>191</sup> GÄCHTER/VOLLENWEIDER (FN 180), N 296.

<sup>192</sup> SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER (FN 173), N 27.

<sup>193</sup> GÄCHTER/VOLLENWEIDER (FN 180), N 270.

<sup>194</sup> Melde-Verordnung vom 13. Januar 1999 (SR 818.141.1).

<sup>195</sup> SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER (FN 173), N 61.

<sup>196</sup> Verordnung des EDI über Arzt- und Labormeldungen (SR 818.141.11).

<sup>197</sup> Siehe auch Meldeformular 2009: [http://www.bag-anw.admin.ch/infreporting/forms/d/labor\\_d.pdf](http://www.bag-anw.admin.ch/infreporting/forms/d/labor_d.pdf) (Zugriff: 17.8.2009).

## 2.4. Fortführung bewährter Grundsätze unter veränderten Voraussetzungen

Seit einigen Jahren wird die Öffentlichkeit durch Meldungen über eine ansteigende Zahl von Neuinfektionen aufgeschreckt<sup>198</sup>. Besonders betroffen sind schwule Männer und Männer, die mit Männern Sex haben<sup>199</sup>. Seit 2007 proklamiert und unterstützt das Bundesamt für Gesundheit (BAG) deshalb das sogenannte «Voluntary Counselling and Testing» (VCT). VCT bezeichnet eine international anerkannte HIV-Präventions-Intervention an Individuen, die mittels einer einheitlich strukturierten Kombination von HIV-Beratung und -Testung zur Verminderung von HIV-Übertragungsrissen durch verbessertes Schutzverhalten führen soll<sup>200</sup>. Auch bei diesen Interventionen wird bewusst auf den Einsatz von Zwangsmitteln verzichtet. Ein HIV-Test erfolgt ausschliesslich bei Vorliegen des freiwilligen und informierten Einverständnisses der Klientin bzw. des Klienten zum Test. Ausdrücklich hält das BAG im VCT-Papier fest, dass die Klienten und Klientinnen vorgängig über die medizinischen und rechtlichen Folgen des Tests zu informieren sind<sup>201</sup>. Weiter wird die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften betont<sup>202</sup>.

## 2.5. Kritik am Verzicht auf gesundheitspolizeiliche Massnahmen

Die Grundentscheidung für eine nicht repressive epidemienrechtliche Reaktion auf die HIV/Aids-Epidemie war insbesondere in den ersten Jahren nicht gänzlich unumstritten. Namentlich aus Kreisen des 1989 gegründeten Vereins «AIDS-Aufklärung Schweiz» wurde mit Vehemenz die konsequente Anwendung bewährter (gemeint waren die klassischen seuchenpolizeilichen Instrumente) gefordert<sup>203</sup>. Kritisiert wurde an der offiziellen Aidspolitik, dass diese die individuelle Freiheit höher bewerte als die Verantwortung für Mitmenschen und Gesellschaft<sup>204</sup>. Befürchtet wurde insbesondere, ohne Einsatz der klassischen seuchenpolizeilichen Instrumente könne die Epidemie nicht eingedämmt werden<sup>205</sup>.

Differenziert setzte sich MARKUS MÜLLER im Jahre 1993 gestützt auf seine Dissertation zu den Zwangsmassnahmen nach dem Epidemiengesetz mit dem Stellenwert epidemienrechtlicher Massnahmen als Mittel gegen vorsätzliche HIV-Ansteckungen auseinander<sup>206</sup>. MÜLLER kritisiert den Einsatz des Strafrechts gegen die HIV-Übertragung, er erachtet die delikts- und krankheitspräventive Wirkung des Strafrechts als gering<sup>207</sup>, insbesondere deshalb, weil Strafrecht nur reaktiv sei, während die Massnahmen nach dem Epidemiengesetz proaktive Wirkung erzeugen könnten<sup>208</sup>. MÜLLER will die Zwangsmittel des Epidemiengesetzes bei Personen mit asozialen Verhaltenstendenzen einsetzen; die kantonalen Gesundheitsbehörden könnten so voraussehbar ansteckungsrelevante Verhaltensweisen wirksam unterbinden<sup>209</sup>. Als geeignete Massnahme erachtet der Autor insbesondere das verordnete «Aufklärungs- und Informationsgespräch». Dabei soll auch auf die Strafrechtsrelevanz von asozialem, bewusst drittgefährdendem Verhalten hingewiesen werden. Im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips gehe diese Massnahme strengeren Eingriffen wie der ultima ratio einer Internierung vor<sup>210</sup>. Unabdingbare Voraussetzung eines erfolgreichen Einsatzes epidemienrechtlicher Massnahmen ist gemäss MÜLLER die Kenntnis der zuständigen kantonalen Gesundheitsbehörde über drittgefährdendes Verhalten bzw. entsprechende Verhaltenstendenzen. Eine Pflicht zur Information haben gemäss Art. 28 Abs. 2 EpG lediglich Ärzte und Ärztinnen<sup>211</sup>.

Mit seinem Plädoyer für den verstärkten Einsatz epidemienrechtlicher Zwangsmittel übte der Autor auch implizit Kritik an den Gesundheitsbehörden, die auf solche Massnahmen mangels Eignung gerade bewusst verzichten wollten<sup>212</sup>. Dem Autor ist zugute zu halten, dass er die Problematik strafrechtlicher Sanktionen klar erkannt hat und für den Vorrang eines epidemienrechtlichen Zugangs plädierte. Seine Ausführungen über das verordnete Beratungs- und Interventionsgespräch und über die nach seiner Meinung zu forcierenden Meldungen an die Gesundheitsbehörden wirken indes weniger überzeugend. Es wird insbesondere nicht dargelegt, wie sich solche Interventionen in die grundsätzlich erfolgreiche nicht repressive Aids-Politik integrieren liessen.

## 2.6. Würdigung

Rund 25 Jahre nach dem Beginn der HIV-Epidemie lässt sich feststellen, dass die Grundentscheidung des weitgehenden Verzichts auf die klassischen gesundheitspolizeilichen Massnahmen wie Zwangstest, Isolierung und Contact-tracing rich-

<sup>198</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 148), 7.

<sup>199</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 148), 36.

<sup>200</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Empfehlungen des BAG über die freiwillige HIV-Beratung und -Testung (VCT) unter Verwendung von HIV-Schnelltests an Teststellen, Quelle: [www.bag.admin.ch/infinfo](http://www.bag.admin.ch/infinfo) (Zugriff 14.2.2009), 4.

<sup>201</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 200), 5.

<sup>202</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 200), 5.

<sup>203</sup> Siehe die Internetseite des Vereins AIDS-Aufklärung Schweiz: <http://www.aids-info.ch> und <http://www.hiv-net.org>.

<sup>204</sup> WOLFGANG STEINKE/JÜRIG BARBEN/GEOFFREY DELMORE, Die seuchenpolitische Reaktion auf die HIV/Aids-Epidemie in der Schweiz, AIFO Heft 1, Jg. 1994, 7–17, 14.

<sup>205</sup> PEDRAZZINI (FN 174), 64; STEINKE/BARBEN/DELMORE (FN 204), 17.

<sup>206</sup> MARKUS MÜLLER, Strafrecht und Epidemienrecht in der Aids-Bekämpfung, AJP/PJA 8/1993, 915 ff.

<sup>207</sup> MÜLLER (FN 206), 916 ff.

<sup>208</sup> MÜLLER (FN 206), 921.

<sup>209</sup> MÜLLER (FN 206), 922.

<sup>210</sup> MÜLLER (FN 206), 922.

<sup>211</sup> MÜLLER (FN 206), 926.

<sup>212</sup> MÜLLER (FN 206), 922.

tig war. Obwohl das (noch) geltende Epidemien-gesetz eher auf klassisch gesundheitspolizeiliche Intervention ausgerichtet ist, hat die HIV/Aids-Bekämpfungsstrategie eine Grundlage im Epidemienrecht<sup>213</sup>. Durch eine einzigartige Koalition von Betroffenen, Aidsorganisationen und staatlichen Stellen ist es gelungen, die HIV-Epidemie weitgehend in den Griff zu bekommen<sup>214</sup>. Der schweizerischen HIV-Prävention wird denn auch weltweit ein gutes Zeugnis attestiert<sup>215</sup>.

Die auf der Lernfähigkeit der Individuen basierende «new Public Health-Strategie» der Bekämpfung von Aids erwies sich als wirksam, auch deshalb, weil sie die Förderung der Solidarität und Nichtausgrenzung von HIV/Aids betroffenen Menschen beinhaltete<sup>216</sup>. Die Bedeutung der Einhaltung der Menschenrechte bei der Bekämpfung von HIV/Aids zeigt sich weltweit als ein zentraler Erfolgsfaktor<sup>217</sup>.

### 3. Die laufende Revision des Epidemien-gesetzes

#### 3.1. Allgemeines

Es wurde bereits mehrfach erwähnt: Das geltende Epidemien-gesetz entspricht einem Verständnis der Krankheitsbekämpfung, das im 21. Jahrhundert als überholt gilt. Das Gesetz sieht die Krankheitsbekämpfung weitgehend als Polizei- und Expertenfunktion. In der Lehre wird deshalb gefordert, ein zeitgemässes Epidemienrecht müsse nebst den klassischen gesundheitspolizeilichen Elementen auch solche des «new Public Health» aufnehmen<sup>218</sup>. Solche Konzepte orientieren sich am Gesundheitsbegriff der WHO<sup>219</sup> und fragen auch nach der Entstehung und den Entstehungsbedingungen von Krankheit. Ziel staatlicher Bestrebungen ist demzufolge die Förderung der Gesundheit<sup>220</sup>.

Die Verwaltung hat den Ruf nach einer Revision des Epidemien-gesetzes aufgenommen. Ende Dezember 2007 stellte das zuständige Eidgenössische Departement des Inneren EDI eine Revisionsvorlage vor. Die Vernehmlassung bei interessierten Organisationen ist abgeschlossen, mit der Botschaft des Bundesrates ist vermutlich im Jahre 2010 zu rechnen<sup>221</sup>.

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

#### 3.2. Für die HIV/Aids-Bekämpfung relevante Änderungen

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

Art. 9 Entwurf rev.EpG begründet die Pflicht des Bundesamtes für Gesundheit zur Information der Öffentlichkeit, bestimmter Bevölkerungsgruppen sowie von Behörden und Fachpersonen über die Gefahren übertragbarer Krankheiten und über die Möglichkeiten zu deren Verhütung und Bekämpfung. Die im heutigen EpG etwas dürftige Rechtsgrundlage für die vielschichtigen Präventionsarbeiten des Bundesamtes für Gesundheit wird mit einer solchen Bestimmung klar verbessert<sup>222</sup>.

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

<sup>213</sup> SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER (FN 173), N 26–27; GÄCHTER/VOLLENWEIDER (FN 180), N 291 ff.; BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 148), 15.

<sup>214</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 148), 10.

<sup>215</sup> Siehe WHO Europe, How do we know what works?, Strengthening the Quality Assurance in HIV/Aids Prevention in Europe, Assessed in ten European countries: Bulgaria, Croatia, Estonia, Germany, Hungary, Netherlands, Poland, Romania, Sweden, Switzerland, Synopsis of country reports. Quelle: <http://www.bzga.de/whoconference/?uid=0985663daa87184b539bd3cd89df64b1&id=Seite4200>. Siehe dazu auch: MARTIN WERNER, Was ist gute HIV/Aids-Prävention, Spectra, Newsletter Gesundheitsförderung und Prävention, Bern 2009, 3.

<sup>216</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER (FN 134), 69; BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (FN 148), 10.

<sup>217</sup> AMON (FN 135), 1 ff.

<sup>218</sup> SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER (FN 173), N 20.

<sup>219</sup> Nach der WHO ist Gesundheit ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur Fehlen von Krankheit oder Gebrechen (Präambel der Verfassung der WHO vom 22. Juli 1946, SR 0.8210.01).

<sup>220</sup> SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER (FN 173), N 20.

<sup>221</sup> Siehe dazu die Angaben auf der Homepage des Bundesamtes für Gesundheit, <http://www.bag.admin.ch>.

<sup>222</sup> Vorentwurf Revision EpG vom 21.12.2007, siehe <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=de> (Zugriff: 15.8.2009).



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

### 3.3. Revision Art. 231 StGB

Die Revisionsvorlage zum Epidemiengesetz nimmt die Kritik der Lehre, von Aids-Organisationen und Bundesstellen an der Anwendung von Art. 231 StGB (Verbreiten einer gefährlichen Krankheit) auf und schlägt eine Änderung der Norm vor. In den Erläuterungen zur Revisionsvorlage wird insbesondere auf die Kritik eingegangen, dass auch die Einwilligung des HIV-negativen Sexualpartners in den ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einer HIV-positiven Person nichts an der Strafbarkeit nach Art. 231 StGB ändere. Schliesse aber Artikel 231 StGB die Möglichkeit der Einwilligung aus, könne sich der Anreiz verringern, bestehende Infektionsrisiken offen zu legen. Zudem sei stossend, dass in der bisherigen Praxis auch das geringe Übertragungsrisiko in einer festen Partnerschaft den Eventualvorsatz nicht ausschliesse<sup>223</sup>.

In der heutigen Fassung lautet Art. 231 StGB:

1. Wer vorsätzlich eine gefährliche übertragbare menschliche Krankheit verbreitet, wird mit Gefängnis von einem Monat bis zu fünf Jahren bestraft.  
Hat der Täter aus gemeiner Gesinnung gehandelt, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren.
2. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Gefängnis oder Busse.

Vorgeschlagen wird die folgende Änderung:

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

Ziel der Änderung von Art. 231 StGB ist, die Strafbarkeit auf Fälle zu begrenzen, in denen der Täter weiss, dass er widerrechtlich handelt und ihm damit ein eigentlicher Gesinnungswert vorgeworfen werden kann. Mit dieser Änderung folgt der Entwurf weitgehend dem Vorschlag von MARCEL ALEXANDER NIGGLI, der zu Händen des Bundesamtes für Gesundheit und der Eidgenössischen Kommission für Aidsfragen (EKAF) ein Rechtsgutachten verfasst hat. NIGGLI schreibt: «Im Ergebnis wird man als böswillig denjenigen bezeichnen können, der andere einem Ansteckungsrisiko aussetzt, um eine Ansteckung zu erreichen (Bioterrorismus, «Desperado-Fälle»). Demgegenüber wird man denjenigen nicht als böswillig bezeichnen, der eine in das Infektionsrisiko ein-

willigende Person einem Risiko aussetzt»<sup>224</sup>. Böswilligkeit nimmt NIGGLI indes weiterhin an, wenn der Sexualpartner bzw. die Sexualpartnerin nicht über die HIV-Infektion informiert wird, dies zumindest in den Fällen, in denen der «viral load» nach wie vor nachweisbar ist<sup>225</sup>.

Die Streichung der fahrlässigen Tatbegehungsvariante wird damit begründet, dass eine Bestrafung wegen fahrlässiger Verbreitung einer gefährlichen übertragbaren menschlichen Krankheit (und damit auch der HIV-Infektion) dem Präventionsgedanken im Zusammenhang mit HIV/Aids zuwiderlaufe. «Die vom Virus betroffenen Personen können davon absehen, sich testen zu lassen, da sie lediglich mit Unwissen über ihren Infektionszustand einer drohenden Bestrafung entgehen. Insofern wird von Seiten der Präventionsspezialisten seit längerem gefordert, die Strafbarkeit wegen des fahrlässigen Verbreitens menschlicher Krankheiten aufzugeben. Ausserdem ist der Fahrlässigkeitstatbestand von Artikel 231 Ziffer 2 StGB in der Strafrechtspraxis weitgehend bedeutungslos geblieben, da sich der genaue Übertragungsweg von Krankheiten nur schwer nachweisen lässt»<sup>226</sup>.

Die Aussage, das Nichtwissen um die HIV-Infektion schütze vor Strafe, ist insofern zu relativieren, als das Bundesgericht mit BGE 134 IV 193 erstmals einen Mann dafür bestraft hat, dass er um seine HIV-Infektion hätte wissen müssen. Der Mann wurde nicht nur wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung, sondern auch wegen fahrlässiger Verbreitung einer gefährlichen Krankheit verurteilt. Eine Bestrafung wegen fahrlässiger Verbreitung einer übertragbaren, gefährlichen menschlichen Krankheit ist nur bei tatsächlicher Übertragung des HI-Virus möglich. Hier stellen sich regelmässig schwierige Kausalitätsfragen. Zudem entfällt beim Versuch die Fahrlässigkeitsvariante, so dass eine Bestrafung wegen fahrlässiger Verbreitung einer übertragbaren, gefährlichen menschlichen Krankheit bereits unter dem heute geltenden Art. 231 Ziffer 2 StGB nur selten vorkommt<sup>227</sup>.

In der vorliegenden Version nimmt die Änderung von Art. 231 StGB wie erwähnt schwergewichtig auf das Gutachten von NIGGLI Bezug. Nicht berücksichtigt wird dabei die Kritik von FRIDOLIN BEGLINGER an der bisherigen Auslegung des Bundesgerichts von Art. 231 StGB. BEGLINGER kritisiert insbesondere, dass die Konstruktion des objektiven Tatbestandes von Art. 231 StGB durch die Praxis grundsätzlich falsch ist. Das Bundesgericht begründe die Subsumption der sexuellen Übertragung von HIV unter Art. 231 StGB mit einer vom Gesetz vermuteten Gefahr der Infektion Dritter durch die vom Täter infizierte Person. Die Erfüllung des Tatbestandes setzt nach dem Bundesgericht keine konkrete

<sup>224</sup> NIGGLI (FN 179), 43.

<sup>225</sup> NIGGLI (FN 179), 43.

<sup>226</sup> Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage rev.EpG vom 21.12.2007, 72, siehe <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=de> (Zugriff: 15.8.2009).

<sup>227</sup> Siehe vorstehend MÖSCH PAYOT/PÄRLI, Teil I, Ziff. 2.3, Tabelle 8.

<sup>223</sup> Erläuternder 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: 15.8.2009).

Gefährdung Dritter voraus. Im Ergebnis liegt deshalb ein abstraktes (Erfolgs- und) Gefährdungsdelikt vor<sup>228</sup>. Richtig verstanden setze der objektive Tatbestand das Schaffen einer konkreten und dem Täter nach den üblichen Regeln zurechenbaren Gemeingefahr voraus. Als Konsequenz dieser Unmittelbarkeitstheorie genannten Theorie kommt BEGLINGER zum Schluss, dass das sexuelle Übertragen einer Geschlechtskrankheit mangels konkreter Gemeingefahr den objektiven Tatbestand nicht erfüllen kann<sup>229</sup>. Der Autor fordert deshalb, Art. 231 StGB sei im Sinne der Unmittelbarkeitstheorie zu revidieren. Er schlägt vor, dem Tatbestand von Art. 231 StGB das Wort «unter Menschen» beizufügen. Mit dem Plural «unter Menschen» werde klar gestellt, dass der objektive Tatbestand nicht mit einer beliebigen Übertragung der Krankheit auf einen Menschen erfüllt sei. Vielmehr werde eine gemeingefährliche Handlung vorausgesetzt, der Täter müsse mit seiner Handlung eine unmittelbare und konkrete Infektionsgefahr schaffen, die sich gegen die Allgemeinheit richte<sup>230</sup>.

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

aus dem Feld der besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale ist also alles andere als klar umrissen und mit erheblichen dogmatischen Unsicherheiten bezüglich der Rechtsanwendung verbunden.

Der Vorschlag von BEGLINGER hätte dem gegenüber den Vorteil, dass Art. 231 StGB im Falle ungeschützter Sexualkontakte klarerweise nicht mehr angewendet würde: BEGLINGER will Art. 231 StGB im Sinne seiner als Unmittelbarkeitstheorie bezeichneten Position wie dargestellt<sup>232</sup> auf Fälle beschränken, wo jemand eine Infektionsgefahr schafft oder erhöht, die zur Infektion beliebiger vom Zufall bestimmter Opfer führt oder führen kann und die kumulativ zu einem *Taterfolg* im dem Sinne führt, dass die entsprechende Krankheit bei mindestens einer Person ausbricht<sup>233</sup>. 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 Dritten<sup>234</sup>. Allerdings wäre erhebliche Rechtsunsicherheit die Folge, weil nach einer HIV-Übertragung der Tatbestand wieder anwendbar wäre, wenn innerhalb der Verjährungsfrist<sup>235</sup> durch die Ansteckung die Krankheit beim Angesteckten und/oder (unbestimmten) Dritten ausbricht.

Dazu kommt, dass mit jeder Interpretation von Art. 231 StGB, die hinsichtlich der relevanten Tathandlung den Aspekt der Gemeingefahr in der einen oder anderen Form in den Tatbestand einbaut, die Problematik verbleibt, dass dieser Begriff umstritten und nicht eindeutig definiert ist<sup>236</sup>, wie sich unter anderem auch bei der analog konstruierten Norm von Art. 232 StGB zeigt<sup>237</sup>. Es ist also durchaus möglich und dogmatisch vertretbar, schon das Schaffen einer nicht kontrollierbaren Gefahrenquelle als Schaffen einer Infektionsgefahr für beliebige Zufallsopfer, und somit als relevante Tathandlung auch im Sinne von BEGLINGER, zu verstehen, womit letztlich einzig im *Taterfolg* ein Unterschied zur heutigen herrschenden Lehre bliebe. Bezug genommen würde auf den Ausbruch von AIDS, statt die Übertragung von HIV, mit erheblicher Rechtsunsicherheit in allen Fällen von ungeschütztem Verkehr als Folge für die Betroffenen. Dies ist auch mit Blick auf die Anliegen der Prävention unbefriedigend<sup>238</sup>.

<sup>228</sup> FRIDOLIN BEGLINGER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, Kommentierung zu Art. 231, 2. A., Basel 2007, N 5, 17 und 37 f. zu Art. 231 StGB.

<sup>229</sup> BEGLINGER (FN 228), N 2–4 zu Art. 231 StGB.

<sup>230</sup> BEGLINGER (FN 228), N 2, 27 und 65 zu Art. 231 StGB.

<sup>231</sup> Vgl. GERHARD FIOKA, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, Kommentierung zu Art. 261/Art. 262, 2. A., Basel 2007, Art. 261

N 48 und Art. 272 N 17 mit weiteren Hinweisen; ESTHER OMLIN, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, Kommentierung zu Art. 298 StGB, 2. A., Basel 2007, Art. 298 N 16.

<sup>232</sup> Siehe vorne Ziff. 3.3.

<sup>233</sup> BEGLINGER (FN 228), Art. 231 N 24, N 26, N 40.

<sup>234</sup> So auch NIGGLI (FN 179), 14.

<sup>235</sup> Vgl. Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB: 15 Jahre.

<sup>236</sup> Vgl. z.B. die Kontroverse um den Begriff bei Art. 221 StGB (Brandstiftung).

<sup>237</sup> JÜRIG-BEAT ACKERMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, Kommentierung zu Art. 232, 2. A., Basel 2007, Art. 232 N 6 ff.

<sup>238</sup> Ähnlich NIGGLI (FN 179), 14 f.

Vor diesem Hintergrund sollte unseres Erachtens geprüft werden, ob auf Art. 231 StGB nicht ersatzlos verzichtet werden könnte, zumal die epidemienrechtlichen öffentlichen Interessen auch über die Nebenstrafrechtsnormen des Epidemiengesetzes abgedeckt werden können<sup>239</sup>.

Après une recherche empirique et une analyse dogmatique de la pratique pénale suisse (partie 1, p. 1261 ss), cette seconde partie place la pratique suisse dans un contexte de droit comparé. Les ordres juridiques examinés présentent aussi bien des différences que des similitudes. Des condamnations pour propagation ou tentative de propagation du VIH par des rapports sexuels vaginaux ou anaux non protégés sont possibles dans tous les Etats étudiés. Alors que des condamnations pour atteinte à la santé publique sont fréquentes en Suède et en Autriche, la norme correspondante n'est que rarement invoquée au Canada et, aux Pays-Bas, le législateur s'est opposé à une telle norme pénale. Des recherches aux USA démontrent que les sanctions pénales vont à l'encontre d'une prévention efficace du VIH. Les auteurs développent ensuite le problème de la criminalisation de la transmission du VIH au regard des droits de l'homme et mentionnent les raisons qui plaident en défaveur d'une criminalisation. Finalement, le chapitre IV a pour thème la nouvelle approche poursuivie par la Suisse en matière de santé publique («New Public Health») pour combattre l'infection au VIH et le projet de révision de la loi sur les épidémies qui propose entre autres de modifier l'art. 231 CP.  
(trad. LT LAWANK, Fribourg)

<sup>239</sup> Für die HIV/Aids-Bekämpfung relevante Änderungen, 3.2.