

Factsheet zur Nationalfondsstudie:

„Strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen“, unter der Leitung von Kurt Pärli, Mitarbeit von Peter Moesch und in Zusammenarbeit mit der Aids-Hilfe Schweiz¹

Hintergrund und Ausgangslage der Nationalfondsstudie

Im Verlaufe der frühen 1990er Jahre fand eine heftige kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Debatte statt um die Frage, ob und wie die Übertragung des HI-Virus strafrechtlich verfolgt werden soll. Bis heute besteht darüber in der Lehre keine Einigkeit. Im europäischen Vergleich steht die Schweiz bezüglich Anzahl an Strafurteilen wegen der Übertragung des HI-Virus zusammen mit Schweden und Österreich an der Spitze.

Ziele des Projektes

Die systematische wissenschaftliche Auswertung der bisherigen Rechtsprechung zum strafrechtlichen Umgang mit HIV/Aids soll eine Basis bieten für eine aktuelle Analyse der Rolle des Strafrechts vor dem Hintergrund der in den letzten Jahren gewonnenen medizinischen und präventionstheoretischen Kenntnisse. Insbesondere sollen die Notwendigkeit und Wirksamkeit der einschlägigen Strafrechtsnormen und ihrer Auslegung für die Zielsetzungen der HIV/Aids-Prävention reflektiert werden.

Für die Aids-Hilfe Schweiz (AHS) als Praxispartnerin dieses Projektes soll die Studie Entscheidungsgrundlagen für das weitere Vorgehen bieten; einerseits hinsichtlich der Beratungspraxis, welche die strafrechtliche Praxis antizipierend berücksichtigen muss, andererseits für das normative Engagement des Verbandes gegen Diskriminierungen von Menschen mit HIV.

ERGEBNISSE UND ANALYSEN

Datenerhebung

Um eine möglichst vollständige Erfassung aller Urteile unter Verwendung der Körperverletzungsdelikte (gemäss Artikel 122 ff. StGB) und der Verbreitung gefährlicher Krankheiten (gemäss Art. 231 StGB) zu erreichen, wurde bei 94 erstinstanzlichen und allen kantonalen zweitinstanzlichen Gerichten nachgefragt, ob Urteile im Zusammenhang mit HIV/Aids vorhanden sind. Es antworteten 62 Gerichte erster Instanz und 17 Gerichte zweiter Instanz. Die Ergebnisse wurden verglichen mit den Unterlagen der AHS, der Urteilsstatistik des Bundesamtes für Statistik sowie der juristischen Onlinedatenbank Swisslex und Zeitungsarchiven.

Gefällte Urteile

Die folgende Tabelle zeigt eine Zunahme von Strafurteilen im Zusammenhang mit HIV/Aids seit dem Zeitraum 2000-2004. Die strafrechtliche Beurteilung von HIV/Aids ist offensichtlich primär ein Thema für Gerichte in städtischen Gebieten. Insgesamt stellen sich in den Urteilen 39 Sachverhalte dar, die aus den Urteilen in unterschiedlicher Detaillierung herausgefiltert werden konnten.

Tabelle 1: Strafurteile nach Zeitraum (n=51)

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

¹ Dieses Factsheet ist eine stark konzentrierte Zusammenfassung des Schlussberichts zur Nationalfondsstudie. Der besseren Lesbarkeit halber wurden sämtliche Quellenangaben gelöscht. Für den Quellennachweis und eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Ergebnissen möchten wir ausdrücklich auf den Schlussbericht NF 13DPD3-118107/1 verweisen.

Tabelle 2: Geschlecht von Opfern (n=68) und Angeschuldigten (n=39) in den 39 Verfahren

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

Hinsichtlich der Nationalität der Opfer fehlen die Angaben meist, weshalb insoweit keine stichhaltigen Angaben möglich sind.

Tabelle 3: Staatsangehörigkeit der Angeschuldigten (n=39)

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

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

In 31 Fällen geht es um die (versuchte) Übertragung im Rahmen von heterosexuellen Beziehungen, in fünf Fällen handelt es sich um die Ansteckung innerhalb homosexueller Kontakte.

Tabelle 4: Täter-Opfer-Konstellationen (n=39)

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

Die Statistik zeigt, dass im überwiegenden Masse Sachverhalte zur gerichtlichen Beurteilung gelangen, bei denen es unter serodifferenten Paaren zu ungeschützten sexuellen Handlungen in neuen Partnerschaften kommt und die seronegativen Partner vom Serostatus nichts wissen. Eine zweite häufige Konstellation ist jene, bei der in neuen Partnerschaften über den Serostatus auf entsprechende Nachfrage hin nicht wahrheitsgemäss Auskunft gegeben wird. Eine dritte gehäuft vorkommende Konstellation ist die, dass in langjährigen Partnerschaften nicht über den Serostatus aufgeklärt wird. Schliesslich kommt es auch häufig zu Verurteilungen, bei denen bei bekanntem Serostatus der Partner aufgeklärt wird und danach im gemeinsamen Wissen ungeschützte Kontakte stattfinden. Hier erfolgt regelmässig eine Verurteilung des seropositiven Partners wegen der Verletzung von Art. 231 StGB, seit 2004 aber nicht mehr wegen (versuchter) schwerer Körperverletzung.

Sanktionierung und Strafmass

In 26 Fällen kam es zu einer Verurteilung. In fünf Fällen kam es zu Verurteilungen verbunden mit Teilfreisprüchen bzw. Teileinstellungen bzgl. hier relevanter Vorwürfe. In sechs Fällen erfolgten Freisprüche. Dabei erfolgte der Freispruch in zwei Fällen aufgrund der Einhaltung der Safer-Sex-Regeln, in einem Fall geht es um einen Rechtsirrtum hinsichtlich des Medizinalgeheimnisses, in einem anderen Fall war der Betroffene nicht zurechnungsfähig, in einem Weiteren ist die Anwendbarkeit des Schweizerischen Rechts nicht gegeben und in einem Fall schliesslich waren die Delikte verjährt.

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

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

Tabelle 5: Tatbestände bei Verurteilungen wegen HIV/Aids (n=33)

	Anzahl Fälle
Art. 122 und 231 StGB	6
Art. 122 und Art. 231 StGB i.V.m. Art. 22 StGB (Versuch)	17
Art. 123 und Art. 231 StGB i.V.m. Art. 22 StGB (Versuch)	1
Art. 122 und Art. 231 StGB i.V.m. Art. 23 aStGB (untaugl. Versuch)	2
Art. 123 i.V. mit Art. 22 StGB, Art. 125, und Art. 231 StGB	1
Art. 125 und Art. 231 Ziff. 2 StGB (Fahrlässigkeit)	1
Art. 122 StGB	1
Art. 122 i.V.m. Art. 22 StGB	0
Art. 127 StGB	1
Art. 231 StGB	1
Art. 231 i.V.m. Art. 22 StGB	2

In den Fällen, in denen eine Verurteilung für die Erfüllung von Art. 122 StGB und Art. 231 StGB erfolgte, betrug das Strafmass von zwei bis zu vier Jahren Freiheitsstrafe. Auch in aktuellen Urteilen sind bei Ansteckungen empfindliche Strafen ausgesprochen worden, so eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und fünf Monaten für eine einfache Tatbegehung, die noch verbunden war mit der Verurteilung wegen Nötigung und Tötlichkeit. Genugtuungssummen an das Opfer variieren stark und sind gerade in dieser Kategorie vereinzelt zu finden. Die Höchstsumme liegt bei CHF 80'000.

Wie dargestellt, sind die Art. 231 StGB und Art. 122 StGB in der grossen Mehrzahl der Fälle in Form des Versuches (Art. 22 Abs. 1 StGB) erfüllt; es kam folglich nicht zu einer Ansteckung oder es fehlt am Kausalnexus einer Ansteckung zum Verhalten des Angeschuldigten. In diesen Fällen variiert das Strafmass zwischen den Urteilen, je nach schuldrelevanten Begleitumständen stark: Während im Schnitt Urteile von ca. 18 Monaten bis zwei Jahre ausgesprochen werden, finden sich nach unten einzelne Ausreisser erster Instanzen mit 10 oder 12 Monaten bedingter Strafe.

In Fällen von „informed consent“ ist bei ungeschütztem Sexualkontakt zwischen seropositiven und seronegativen Personen seit BGE 131 IV 1 eine Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung ausgeschlossen. In diesen Fällen ist somit nur eine Verurteilung wegen Verbreitens einer gefährlichen Krankheit nach Art. 231 StGB, bzw. wegen Versuchs dazu denkbar. Während in einem Fall 2005 insoweit eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bedingt, bei einer Probezeit von fünf Jahren, ausgesprochen wurde, sieht das andere Urteil von 2006 12 Monate bedingt bei einer Probezeit von vier Jahren vor.

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

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

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

Primär wird die Frage in der Rechtsprechung unter dem Titel der „Einwilligung“ diskutiert: Die Einwilligung des Opfers ist grundsätzlich ein möglicher Rechtfertigungsgrund, der die Verwirklichung tatbestandsmässiger Handlungen bei Individualrechtsgütern wie der Körperverletzung legitimieren kann. Dagegen ist eine Rechtfertigung durch Einwilligung bei gegen Gemeininteressen gerichteten Straftaten von vornherein ausgeschlossen. Allgemein und unabhängig von HIV/Aids ist die Frage der rechtfertigenden Einwilligung in schwere Körperverletzungen umstritten. Sie wird danach beurteilt, ob der Zweck der Einwilligung von einem vertretbaren Interesse des Betroffenen oder gar einem sittlichen Wert getragen sei, und so im Sinne einer Güterabwägung die Schwere der Verletzung aufwiegt. Das wird insbesondere bei medizinischen Eingriffen angenommen.

Bei Fällen, wo die Beteiligten ungeschützte sexuelle Kontakte hatten, obwohl der positive Serostatus des einen Partners/der einen Partnerin bekannt war, geht es strafrechtsdogmatisch genau genommen nicht um die Einwilligung in eine allfällige Ansteckung mit HIV, sondern vielmehr um die Einwilligung in ein bestimmtes Risiko. Strukturell sind die entsprechenden Fälle parallel gelagert wie die Frage der Einwilligung der Teilnahme an gefährlichen sportlichen Aktivitäten. Es geht im Kern um eine Frage des erlaubten Risikos im Rahmen der Abgrenzung von Risikosphären.

Eine straflose Mitwirkung an fremder Selbstgefährdung liegt gemäss Bundesgericht vor, wenn das Opfer sich einer bestimmten Gefahr frei und bewusst aussetzt. Zentral ist, dass der Einwilligende die Tatherrschaft besitzt und das Tatgeschehen somit so beherrscht, dass er jederzeit und bis zuletzt einzugreifen vermöchte.

Dagegen ist eine grundsätzlich strafbare sog. einverständliche Fremdgefährdung gegeben, wenn die Geschehensherrschaft nicht mehr beim Einwilligenden liegt, sondern sich das Opfer einer unübersehbaren Entwicklung ausliefert, die es nicht mehr abbrechen könnte.

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

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

Das Konstrukt der Einwilligung bzw. der Mitwirkung an der Selbstgefährdung durch das Opfer ist für die schwere Körperverletzung und Art. 122 StGB rechtfertigend. Das gilt aber nach herrschender Lehre und Praxis nicht für Art. 231 StGB, weil es hier nicht um grundsätzlich einwilligungsfähige Individualrechtsgüter, sondern um Allgemeinrechtsgüter geht, die einer Einwilligung nicht zugänglich sind. Von der Rechtsprechung ist ohne weiteres anerkannt, dass nicht strafbar sein kann, wer sich an die klassischen Safer Sex-Regeln hält. An sich müssten diese Grundsätze auch unter den von der Eidg. Aidskommission genannten Voraussetzungen gelten, wo durch eine effektive Behandlung die Virus-

last nicht mehr nachweisbar ist, und dann ungeschützte Kontakte innerhalb einer Partnerschaft stattfinden.

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

Befunde zur Infektiosität und ihre strafrechtliche Bedeutung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung anerkennt, dass die Wahrscheinlichkeit der Infektion durch Sexualkontakte je nach Fallkonstellation gering oder gar sehr gering ist. So wird die Ansteckungswahrscheinlichkeit durch einen einmaligen ungeschützten Geschlechtsverkehr im Promillebereich angesiedelt. Das Bundesgericht spricht diesen wissenschaftlich erhärteten Ergebnissen in neueren Urteilen jede Bedeutung für den Vorsatz ab, und begründet damit mit Blick auf ungeschützte Sexualkontakte von Menschen mit HIV eine eigentliche „zero-risk-Doktrin“ bezüglich der HIV-Infektion, die so beim Schaffen anderer Gefahren bislang nicht vertreten wird: Dem HIV-Positiven, der ungeschützte Sexualkontakte mit einer anderen Person hat, wird so normativ unterstellt, er nähme die Verwirklichung des Risikos der Ansteckung und somit eine eventualvorsätzliche Tatbestandsverwirklichung in Kauf.

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

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

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

Der Entscheid obliegt gemäss der Empfehlung dem HIV-negativen Partner. Für Gelegenheitsbegegnungen und bei neuen Partnerschaften gelten weiterhin die Safer Sex-Regeln.

Die neuen Befunde bzgl. sexueller Infektiosität bringen zum Ausdruck, dass die antiretroviralen Therapien im Verlaufe der letzten Jahre massive Fortschritte gemacht haben und langfristig die Viruslast unter die Nachweisgrenze drücken können. Die Kausalkette „HI-Ansteckung - Ausbruch der Immunschwäche Aids - Tod“ wurde damit nicht nur zeitlich gedehnt, sondern insgesamt deutlich brüchiger und unwahrscheinlicher. Die bisherige Begründung der schweren Körperverletzung mit der Lebensgefahr (Art. 122 Abs. 1 StGB) durch die HIV-Ansteckung ist dadurch zusätzlich in Frage gestellt.

Die Verbesserung der antiretroviralen Therapie, die Grundlage für die neuen Befunde der EKAF ist, verdeutlicht die Notwendigkeit die bundesgerichtliche Praxis in diesem Punkt- bei allen Konstellationen der Übertragung des HI-Virus durch sexuelle Kontakte zu überprüfen.

In Konstellationen, wo ungeschützter Geschlechtsverkehr stattfindet, ohne dass es zu einer Ansteckung kommt, oder wo gemäss Beweisergebnis die Ansteckung durch Drittfaktoren erfolgt sein kann, fehlt es am objektiven Tatbestand, ist aber nach geltender Rechtslage eine Verurteilung wegen versuchter Körperverletzung denkbar. Da die Bestrafung wegen Versuchs zu einem Delikt immer zur Voraussetzung hat, dass der Angeschuldigte vorsätzlich handelt, ist in Fällen von ungeschütztem

Geschlechtsverkehr in Fällen, wo der HIV-Infizierte die Voraussetzungen der EKAF erfüllt, eine Verurteilung wegen Versuchs ausgeschlossen.

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

Ziele der schweizerischen Aids-Politik sind seit Mitte der 1990er Jahre die Minimierung der Anzahl von Neuinfektionen, die Verhinderung der Stigmatisierung der Betroffenen und eine bedürfnisgerechte Krankenversorgung. Das Präventionsmodell basiert auf der doppelten Verantwortung sowohl der HIV-positiven als auch der HIV-negativen Bevölkerung generell, aber auch im konkreten Falle sexueller Kontakte. Diese „new Public Health-Strategie“ macht verantwortliches Verhalten aller Menschen und die Nichtausgrenzung der von HIV/Aids Betroffenen zwingend notwendig.

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

Bzgl. Art. 231 StGB wird auf der anderen Seite dem „informed consent“ keinerlei Bedeutung zugemessen und die Strafbarkeit des HIV-positiven durch die Zustimmung zum ungeschützten Sexualakt nicht geschmälert. Wollte man die Idee der Doppelverantwortung insoweit konsequent anwenden, so müssten bei einvernehmlichen ungeschützten Sexualkontakten beide Partner verurteilt werden wegen Verbreitung einer gefährlichen Krankheit. Will man diese Konsequenz nicht ziehen, so wäre de lege ferenda eine Beschränkung oder Aufhebung der Anwendung von Art. 231 StGB prüfenswert.

Würdigung

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

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