

Landesgericht

13 Eyr 70/99

Klagenfurt

27.02.2003

Verurteilter: XY

vertreten durch:

VM erteilt

wegen: §§ 178, 209 StGB

B e s c h w e r d e

1-fach
1 Blg. 1-fach

In der umseits bezeichneten Strafsache wird gegen den dg. Beschluß (ON 55) vom 10.02.2003, zugestellt am 13.02.2003, innerhalb offener Frist

B e s c h w e r d e

erhoben.

Mit dem bekämpften Beschluß weist das Erstgericht den Wiederaufnahmsantrag des Verurteilten (V) vom 06.10.2002 ab.

Der V hatte beantragt,

1. das Strafverfahren gegen den V hinsichtlich **Oralverkehr mit AB, BC, CD und weiteren 8 bis 12 namentlich nicht bekannten Personen** wieder aufzunehmen und
2. das Urteil vom 19.07.1999 (ON 10) hinsichtlich des V im Schuldspruch zu **Faktum I. zur Gänze** und zu **Faktum II. soweit** er sich auf **Oralverkehr mit AB, BC, CD und weiteren 8 bis 12 namentlich nicht bekannten Personen** bezieht sowie im Strafausspruch aufzuheben.

Das Erstgericht weist den Antrag mit der Begründung ab, dass

- a. der V auch wegen ungeschützten (wohl: kondomlosen) Analverkehrs verurteilt wurde (BS 8),
- b. auch bei ungeschütztem (wohl: kondomlosem) Oralverkehr eines Hiv-negativen Menschen durch einen Hiv-positiven die Übertragungswahrscheinlichkeit nicht Null sei (BS 7) und
- c. der V als offen lebender homosexueller Mann auch bei Oralverkehr gewisse Übertragungsrissen ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden habe (BS 8).

Die Abweisung entspricht nicht dem Gesetz.

Ad a. Verurteilung auch für ungeschützten Analverkehr

Der V hat nie bestritten, dass er auch für Analverkehr ohne Verwendung eines Kondoms verurteilt worden ist (Faktum II.). Wenngleich der Schuldspruch in diesem Faktum in den Beweisergebnissen keine Grundlage fand (vgl. ausführlich AS 555ff), kann diese Aktenwidrigkeit infolge Rechtskraft des Schuldspruchs (ohne neue Beweismittel) nicht mehr aufgegriffen werden.

Daß der V auch für kondomlosen Analverkehr verurteilt worden ist, hat er bei Stellung seines Wiederaufnahmsantrags berücksichtigt, hat er doch lediglich hinsichtlich jener Fakten Wiederaufnahme begehrt, die Oralverkehr betreffen (ON 53/AS 45). Hinsichtlich der Fakten betreffend Analverkehr beantragte der V die Wiederaufnahme gerade nicht (ebendort).

Gegenstand der Wiederaufnahme ist immer eine bestimmte Tat, eine bestimmte strafbare Handlung, bestimmte Fakten (*Mayerhofer*, StPO⁴, § 358 E2a). Die Wiederaufnahme kann daher auch nur hinsichtlich einzelner von mehreren Urteilsfakten (strafbaren Handlungen) bewilligt werden (*Mayerhofer*, StPO⁴, § 358 E 1, 3). Analverkehr mit einer bestimmten Person einerseits und Oralverkehr mit dieser Person andererseits können unzweifelhaft (ohne Verletzung des Grundsatzes „ne bis in idem“) Gegenstand zweier nebeneinander parallel laufender Anklagen oder Schuldurteile (etwa nach § 178 StGB) sein, weshalb es sich bei Analverkehr und Oralverkehr **nicht** (was ja auch schon der gemeine Sprachgebrauch indiziert) um ein und dieselbe (strafbare) (Sexual)Handlung handelt, nicht um ein einziges Faktum (vgl. *Mayerhofer*, StPO⁴, § 262 E76). Die Fakten (kondomloser) Analverkehr einerseits und (kondomloser) Oralverkehr andererseits sind zwei verschiedene Taten und daher getrennten, voneinander unabhängigen Wiederaufnahmsentscheidungen zugänglich (*Mayerhofer*, StPO⁴, § 358 E 1ff).

Ad b. Übertragungswahrscheinlichkeit nicht Null

Das Erstgericht hat den Antrag des V ohne Erhebungen nur auf Grund der Aktenlage abgewiesen, ist also erkennbar davon ausgegangen, dass die neuen Tatsachen und Beweismittel unter allen Umständen die Eignung fehlt, die Urteilsgrundlagen zu erschüttern, sodaß Erhebungen von vornherein zwecklos seien (*Mayerhofer*, StPO⁴, § 357 E 8).

Hiebei unterliegt das Erstgericht jedoch einem Irrtum, der auf einem unrichtigen Verständnis der Strafnorm des § 178 StGB beruht.

Das Erstgericht bezeichnet den Tatbestand zwar als **abstrakt potentiell Gefährdungsdelikt (BS 6)**, behandelt es in der Folge allerdings wie ein **abstraktes Gefährdungsdelikt**. § 178 StGB (wie auch § 179 StGB) stellt eben nicht bereits die Vornahme einer bestimmten Tätigkeit (hier: sexuellen Handlung) unter Strafe sondern nur eine Tätigkeit (hier: sexuelle Handlung), die **im Einzelfall erfahrungsgemäß** die **Möglichkeit** einer **Rechtsgüterverletzung bestimmter Art in ernst zu nehmender Weise erhöht** (*Mayerhofer* in WK² §§ 178, 179 Rz 1). Hinzu kommt, dass der Tatbestand für die drohende Rechtsgüterverletzung eine **Breitenwirkung der Ansteckung** fordert (*Mayerhofer* aaO Rz 1).

Daß Oralverkehr ohne Kondom (an der Hiv-negativen Person immer und an der Hiv-positiven Person dann, wenn keine Ejakulation in den Mund erfolgt) den Verhaltensempfehlungen der Gesundheitsbehörden, allen voran des Gesundheitsministeriums, und der Aidshilfen entsprechen, hat das Erstgericht nicht in Frage gestellt. Ebenso hat das Erstgericht nicht in Frage gestellt, dass das Übertragungsrisiko „praktisch Null“ (ON53/AS 40) bzw. „äußerst gering“ (ON 53/AS41) ist (BS 7: „nur sehr gering“).

Dennoch weist es den Wiederaufnahmsantrag ab, weil es der Ansicht ist, dass für die Erfüllung des Tatbestandes des § 178 StGB bereits jede Wahrscheinlichkeit ausreicht, die nicht Null ist (BS 7: „ein Transmissionsrisiko nicht 100% auszuschließen ist“).

Damit würden die Tatbestände der §§ 178, 179 StGB aber praktisch im Endeffekt jede sexuelle Handlung erfassen, weil sich in der Medizin und im täglichen Leben ein Übertragungsrisiko nie zu 100% ausschließen lässt, bei Aids wie bei jeder anderen Krankheit auch.

Folgte man der Rechtsansicht des Erstgerichts fiel die Strafgerichtsbarkeit der staatlichen Gesundheitspolitik massiv in den Arm, indem sie Verhaltensweisen kriminalisierte, die diese staatliche Gesundheitspolitik gerade im Interesse der Ansteckungsprävention propagiert. Damit würden die §§ 178, 179 StGB zur Gefahr für eben jene Volksgesundheit, die sie zu schützen haben (ausführlich ON 53/AS 43f).

Die Rechtsansicht des Erstgerichtes kann daher nicht richtig sein. Sie widerspricht auch in der Tat der höchstgerichtlichen Judikatur.

Der OGH hat

- a. Vaginalverkehr (wohl auch Analverkehr) mit Kondom und
- b. Zungenküsse

als nicht gem. den §§ 178, 179 StGB tatbestandsmäßig erkannt (OGH 25.11.1997, 11 Os 171/97).

Vaginalverkehr mit Kondom wie auch Zungenküsse bergen kein (für §§ 178, 179 StGB ausreichend) relevantes Infektionsrisiko und entsprechen den Verhaltensempfehlungen der Gesundheitsbehörden, allen voran des Gesundheitsministeriums, und der Aidshilfen.

Der OGH sah den Tatbestand bei Küssen nicht erfüllt an, weil nach derzeitigem Stand der Wissenschaft **nur unter besonderen**, im ggst. Fall nicht festgestellten **Umständen** eine Infektion möglich ist (OGH 25.11.1997, 11 Os 171/97). Genau dasselbe hat der SV Dr. Stingl aber in seinem Gutachten festgestellt. Nur unter bestimmten besonderen Umständen sei eine Infektion denkbar (wenn auch unter einer halben Million Fällen noch nie nachgewiesen, ON 51, AS 469). Bedeutende Rolle komme der Übertragung jedoch nicht zu (ON 51; ebenso Gutachten der Aids-Hilfe Wien vom 24.02.2003 Blg. ./1). Dasselbe gilt bei Oralverkehr ohne Kondom am Hiv-positiven Partner (ausführlich Blg. ./1).

Wenn aber nur unter besonderen (im Falle des V nicht festgestellten) Umständen bei Oralverkehr (bei Oralverkehr am positiven Partner: ohne Ejakulation in den Mund) eine Übertragung (entfernt) denkbar ist, dann **kann für den Oralverkehr nichts anderes gelten als der OGH für Küssen ausgesprochen hat**, für welches das gleiche gilt (Übertragungswahrscheinlichkeit bei besonderen Umständen).

Vaginalverkehr mit Kondom hat der OGH (wohl auch infolge der Verhaltensempfehlungen der Gesundheitsbehörden und Aidshilfen) als nicht tatbestandsmäßig erklärt (OGH 25.11.1997, 11 Os 171/97), obwohl die Übertragungswahrscheinlichkeit dabei weitaus höher liegt als bei Oralverkehr (am negativen Partner: sogar mit Ejakulation in den Mund!) (ausführlich Blg. ./1).

Es kann Oralverkehr nicht tatbestandsmäßig sein, wenn er wesentlich ungefährlicher ist als der vom OGH zugelassene Vaginalverkehr mit Kondom!

Ad c. Subjektive Tatseite und Verbotsirrtum

In jedem Falle aber kann man jemandem, der sich auf die Verhaltensempfehlungen der Gesundheitsbehörden und der Aidshilfen verlässt (nichts anderes hat der V „gestanden“), nicht unterstellen, eine Infektionsgefahr in Kauf genommen zu haben, wenn die Gesundheitsbehörden und die Aidshilfen genau das Fehlen einer solchen relevanten Gefahr öffentlich und konstant verneinen (ausführlich ON 53; wieder: Blg. /1).

Zumindest kann man einem „Täter“, der den Empfehlungen der Gesundheitsbehörden und Aidshilfen für präventionsgerechtes Verhalten folgt, seinen Verbotsirrtum über sein Verhalten wohl kaum vorwerfen (§ 9 StGB).

Aus alledem ergeben daher, zumal im Wiederaufnahmeverfahren nur die **Möglichkeit** einer günstigeren Entscheidung zu prüfen ist, die

A n t r ä g e ,

1. der Beschwerde Folge zu geben, den bekämpften Beschluß aufzuheben und dem Wiederaufnahmsantrag des V vom 06.10.2002 (ON 53) stattzugeben,

in eventu,

2. der Beschwerde Folge zu geben, den bekämpften Beschluß aufzuheben und die Sache – allenfalls unter Bindung an eine Rechtsansicht – an das Erstgericht oder an einen anderen Gerichtshof – zur neuerlichen Verfahrensdurchführung und Entscheidungsfällung zurückzuverweisen.

XY