

Landesgericht

13 Eyr 70/99

Klagenfurt

06.10.2002

Verurteilter: XY

vertreten durch:

VM erteilt

wegen: §§ 178, 209 StGB

W i e d e r a u f n a h m s a n t r a g

1-fach
2 Blg. 1-fach

In der umseits bezeichneten Strafsache stellt der umseits bezeichnete Verurteilte (V) aus den nachfolgend angeführten Gründen den

A n t r a g ,

das Strafverfahren hinsichtlich sämtlicher Urteilsfakten wieder aufzunehmen.

1. Orale Befriedigung des AB (Faktum I. und Faktum II. 1. Fall; AS 75, 79, 111, 121)

Das Gericht subsumierte die vom V mit AB vorgenommenen sexuellen Handlungen nicht nur unter § 209 StGB sondern auch unter § 178 StGB. Es ging sohin davon aus, daß die orale Befriedigung eines Hiv-negativen Partners durch einen Hiv-positiven Menschen ein relevantes Hiv-Übertragungsrisiko beinhaltet.

Damit setzte sich das Gericht jedoch in Widerspruch zum medizinischen Wissensstand und der gängigen Informationspraxis der Gesundheitsbehörden im gesamteuropäischen Raum.

Der V legt hierfür als neues Beweismittel die parlamentarische Anfragebeantwortung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 04.09.2002 (4107/AB XXI. GP) vor (Blg. ./1, samt Anfrage, 4088/J XXI. GP, vom 02.07.2002).

In dieser Anfragebeantwortung hält der Herr Bundesminister ausdrücklich fest, daß

„das Risiko des passiven Partners bei dieser Form der Sexualität praktisch Null ist“ (Blg. ./1).

Bereits in der parlamentarischen Anfragebeantwortung 3343/AB XXI. GP vom 03.04.2002 hat der Herr Bundesminister unter Bezugnahme auf eine vom Gesundheitsressort 1999 in 6. Auflage herausgebrachte Präventionsbroschüre ausgeführt:

„Wenn ein HIV-positiver Mensch jemand mit dem Mund befriedigt, besteht für den passiven Partner/Partnerin keine Infektionsgefahr, weil Speichel per se nicht infektiös ist.“ Diese Aussage beruht auf jüngeren wissenschaftlichen Publikationen und Verhaltensstudien zum Sexualverhalten und gibt den derzeitigen Stand des Wissens wieder.“

Diese Anfragebeantwortung (3343/AB XXI. GP) wurde dem Gericht bereits vorgelegt (im Konvolut Blg. ./1 des Schriftsatz vom 23.06.2002). Dieses neue Beweismittel befindet sich daher bereits im Akt.

Im selben Sinne auch das jüngste Gutachten *AIDS, HIV und Strafrecht* von Ass.-Prof. Hubert Hinterhofer (Blg. ./11, insb. S. 3, 15f, 27).

Hinzu kommt, daß Oralverkehr ohne Kondom den von den Gesundheitsbehörden und den Aids-Hilfen propagierten Verhaltensregeln entsprach und entspricht (siehe zur ausführlichen Begründung und den dazu angebotenen neuen Beweismitteln unten 2.); bei oraler Befriedigung des Hiv-negativen Partners durch den Hiv-positiven auch bei Ejakulation in den Mund (ebendort).

2. Oralverkehr mit BC und CD sowie weiteren 8 bis 12 Personen **(Faktum I. und Faktum II. 1. Fall)**

Das Gericht nahm es als erwiesen an, daß der V mit den genannten Männern wechselseitig Oralverkehr hatte, ohne Schutzvorkehrungen vorzunehmen (gemeint wohl: ohne Kondome zu verwenden), und daß er damit Handlungen gesetzt habe, die geeignet waren, die Gefahr der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit (Aids) unter Menschen herbeizuführen.

Auch mit diesem Teil des Schuldspruchs setzte sich das Gericht jedoch in Widerspruch zum medizinischen Wissensstand und der gängigen Informationspraxis der Gesundheitsbehörden im gesamteuropäischen Raum.

Der V legt hiefür als neues Beweismittel die parlamentarische Anfragebeantwortung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 04.09.2002 (4107/AB XXI. GP) vor (Blg. ./1, samt Anfrage, 4088/J XXI. GP, vom 02.07.2002).

In dieser Anfragebeantwortung hält der Herr Bundesminister ausdrücklich fest, daß

„das Risiko des aktiven Partners auch bei Ejakulation in den Mund als äußerst gering einzuschätzen ist“ (Blg. ./1).

Dabei hat das Gericht im Falle des V nicht einmal festgestellt, daß er in den Mund seiner Partner ejakuliert hätte. Es hätte dies auf Grund des Akteninhalts auch gar nicht feststellen können (vgl. hiezu ausführlich die Anregung des V an die Generalprokuratur vom 17.04.2001, als Blg. ./3 des Schriftsatzes vom 23.06.2002 im dg. Akt).

Bereits in der parlamentarischen Anfragebeantwortung 3343/AB XXI. GP vom 03.04.2002 hat der Herr Bundesminister weiters ausgeführt:

„In einer 1993 herausgegebenen Broschüre des seinerzeitigen Bundesministeriums für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz wird grundsätzlich die Verwendung von Kondomen bei Oralverkehr vorgeschlagen ... und die Allgemeinempfehlung zum Verwenden von Kondomen abgegeben. Diese Broschüren sind mittlerweile überholt und nicht mehr im Umlauf.“

Diese Anfragebeantwortung (3343/AB XXI. GP) wurde dem Gericht bereits vorgelegt (im Konvolut Blg. /1 des Schriftsatz vom 23.06.2002). Dieses neue Beweismittel befindet sich daher bereits im Akt.

Auch andere neue Beweismittel belegen, daß Oralverkehr ohne Kondom (und bei Durchführung des Oralverkehrs an dem Hiv-Positiven jedenfalls dann wenn kein Samenerguß in den Mund erfolgt) den vom österreichischen Gesundheitsministerium und den Aids-Hilfen propagierten Verhaltensregeln zur Prävention einer Hiv-Infektion („Safer Sex“) entspricht.

Seit Jahren propagieren sowohl das Gesundheitsressort als auch die von ihm finanzierten Aids-Hilfen als wirksame Prävention gegen eine Ansteckung mit Hiv „Safer Sex“-Regeln für homo- und bisexuelle Männer, die neben der Verwendung von Kondomen beim Analverkehr (Die Aids-Hilfen Österreichs: *Sicherer Sex für schwule Männer*, 1994, S. 3ff = Blg. /2; Die Aids-Hilfen Österreichs: *Sex unter schwulen Sternen*, 2000, S. 3 = Blg. /3; BM für Arbeit, Gesundheit und Soziales: *Gib Aids keine Chance*, 1999, S. 11f = Blg. /4) auch die Hintanhaltung eines Samenergusses in den Mund des Hiv-negativen Partners beinhalten (Die Aids-Hilfen Österreichs: *Sicherer Sex für schwule Männer*, 1994, S. 3ff = Blg. /2; Die Aids-Hilfen Österreichs: *Sex unter schwulen Sternen*, 2000, S. 3 = Blg. /3; BM für Arbeit, Gesundheit und Soziales: *Gib Aids keine Chance*, 1999, S. 11f = Blg. /4). Die orale Befriedigung des Hiv-negativen Partners durch den Hiv-positiven wird stets als generell völlig risikolos präsentiert (BM für Arbeit, Gesundheit und Soziales: *Gib Aids keine Chance*, 1999, S. 11 = Blg. /4; Schreiben *LeiterInnentagung der Aids-Hilfen Österreichs* an den ausgewiesenen Verteidiger vom 04.04.2001, Blg. /5); die orale Befriedigung des Hiv-positiven Partners durch den Hiv-negativen, zumindest dann, wenn kein Samenerguß in den Mund erfolgt, als bloß theoretisches, entfernt denkbare, nicht jedoch praktisches (Rest)Risiko, sowie dies etwa auch bei Analverkehr unter Verwendung von Kondomen besteht, weshalb lediglich empfohlen wird, nicht in den Mund zu ejakulieren (Die Aids-Hilfen Österreichs: *Sicherer Sex für schwule Männer*, 1994, S. 3ff = Blg. /2; Die Aids-Hilfen Österreichs: *Sex unter schwulen Sternen*, 2000, S. 3 = Blg. /3; BM für Arbeit, Gesundheit und Soziales: *Gib Aids keine Chance*, 1999, S. 11 = Blg. /4; Schreiben *LeiterInnentagung der Aids-Hilfen Österreichs* an den ausgewiesenen Verteidiger vom 04.04.2001, Blg. /5).

Diese Verhaltensempfehlungen entsprechen jenen in der Bundesrepublik Deutschland (Deutsche Aids-Hilfen: *von Mann zu Mann*, 1997, S. 5 = Blg. /6; Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung: *Safer Sex ... sicher*, 1996, S. 15, 19 = Blg. /7), in den USA (U.S. Department of Health and Human Services, National Institutes of Health: *Safer Sex Knowledge Base, NIH Information BBS*, Washington D.C. 1993 = Blg. /8)

und auf internationaler Ebene (UNAIDS, *AIDS and men who have sex with men*, Technical Update, May 2000, p. 4, 6 = Blg. ./9), wobei UNAIDS zur Hiv-Prävention die Propagierung von Oralverkehr anstatt Analverkehr (auch mit Kondom) sogar generell, ohne Unterscheidung nach einem etwaigen Samenerguß in den Mund, empfiehlt (UNAIDS, *AIDS and men who have sex with men*, Technical Update, May 2000, p. 6 = Blg. ./9).

Insbesondere die Nachbarländer Schweiz und Deutschland haben im Sinne einer wirksamen Hiv-Prävention von der Empfehlung, beim oralen Verkehr generell Kondome zu verwenden, Abstand genommen, weil unrealistische, an der Lebenswirklichkeit vorbeigehende und überzogene Verhaltensanforderungen die Akzeptanz der Safer Sex Regeln generell, und damit die Volksgesundheit, gefährden (vgl. *Eidgenössische Kommission für Aids-Fragen, EKAF*, in: Bulletin des Bundesamtes für Gesundheit, 1996, 3, 8f, 22: „bewusst Abstand genommen wurde jedoch von der Empfehlung, beim orogenitalen Sexualverkehr generell Barrieremethoden anzuwenden“; *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (Hrsg.)*, Aids von A bis Z, 1997/98).

In diesem Zusammenhang hat der Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen festgehalten, daß die Empfehlungen seines Ressorts ident sind mit jenen der Schweizer und Deutschen Gesundheitsbehörden, und daß die Empfehlung der Verwendung eines Kondoms nicht Verhaltensregel ist sondern ein zusätzlicher Sicherheitsfaktor für besonders Vorsichtige. Die Entscheidung, ob bereits bei Oralverkehr ein Kondom verwendet wird oder nicht, überlässt der Minister ausdrücklich der alleinigen Entscheidung der Sexualpartner (AB 4107/AB XXI. GP, 04.09.2002, Frage 2 & 5, Blg. ./1). Der Verzicht auf die Verwendung eines Kondoms beim Oralverkehr steht daher im Einklang auch mit den Verhaltensregeln des Gesundheitsministeriums, solange keine Ejakulation in den Mund des HIV-negativen Partners erfolgt.

Die Befolgung allgemein, ja staatlicherseits propagierter gesundheitspolitischer Verhaltensmaßregeln ist aber einerseits sozialadäquat und birgt andererseits keine typische Gefahr der Übertragung des Hi-Virus, weshalb der (objektive) Tatbestand des § 178 StGB durch solche Sexualkontakte nicht verwirklicht werden kann (OGH 25.11.1997, 11 Os 171/97; ausführlich mwN Margarethe Flora, *Die Strafbarkeit HIV-infizierter Personen nach §§ 178, 179 StGB aufgrund von Sexualkontakten mit nicht-infizierten Sexualpartnern*, RZ 1999 [65-69]; ebenso Bertel/Schwaighofer BT II4 § 178 Rz 1; Hinterhofer BT II §§ 178, 179 II.1.; Kienapfel/Schmoller BT III § 178-179 Rz 9 mit dem plastischen und absolut vergleichbaren Beispiel des Verkaufs von lebensmittelrechtlich durch Stichproben geprüftem Fleisch, wenn sich auch in einem solchen Fall nicht absolut ausschließen lässt, dass das Fleisch noch Krankheitserreger enthält; vgl. insb. auch das kürzlich erstellte ausführliche Gutachten *AIDS, HIV und Strafrecht* von Ass.-Prof. Hubert Hinterhofer, Blg. ./11, insb. S. 3, 17, 20f, 27).

Das folgt auch aus dem Zweck der §§ 178, 179 StGB, die erkennbar der strafrechtlichen Abstützung der staatlichen Gesundheits(präventions)politik durch Sanktionen für unwillige oder sorglose Krankheitsträger dienen. Welchen Zweck sollten diese Strafbestimmungen sonst haben? Mit Sicherheit nicht jenen, der staatlichen Gesundheitspolitik in den Arm zu fallen und dadurch die Volksgesundheit zu gefährden. Diese ist

ja gerade ihr Schutzgut (Hinterhofer BT II §§ 178, 179 II.1.; Kienapfel/Schmoller BT III § 178-179 Rz 1, 16).

UNAIDS lehnt gerade im Interesse einer wirksamen Hiv/Aids-Prävention Tatbestände wie jene der §§ 178, 179 StGB grundsätzlich ab, die über die Körperverletzungstatbestände hinaus die Übertragung bzw. die Gefährdung durch eine potentielle Übertragung des Hi-Virus kriminalisieren, weil sie einer effektiven Aids-Prävention zuwiderlaufen (UNAIDS, *Handbook for Legislators on HIV/AIDS, Law and Human Rights*, 1999, p. 11, 50ff = Blg. /10; UNAIDS, *AIDS and men who have sex with men*, Technical Update, May 2000, p. 6 = Blg. /9). Für den Fall, dass sich Staaten dennoch zu solchen Tatbeständen entschließen, sollten solche Tatbestände laut UNAIDS restriktiv als ultima ratio Anwendung finden und die Befolgung der Safer Sex Regeln jedenfalls eine Strafe ausschließen (UNAIDS, *Handbook for Legislators on HIV/AIDS, Law and Human Rights*, 1999, p. 11, 53 = Blg. /10).

In diesem Sinne auch der Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen:

„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“ (parlamentar. Anfragebeantwortung 2313/AB XXI. GP, 05.06.2001, dg. im Konvolut Blg. /1 des Schriftsatzes vom 23.06.2002).

Oralverkehr einer Hiv-positiven Person ohne Kondom erfüllt daher nicht den objektiven Tatbestand des § 178 StGB, wenn der Oralverkehr an der Hiv-negativen Person vorgenommen wird und auch dann nicht wenn der Oralverkehr zwar an der Hiv-positiven Person, aber ohne Ejakulation in den Mund erfolgt (ausführlich dazu Gutachten Gutachten *AIDS, HIV und Strafrecht* von Ass.-Prof. Hubert Hinterhofer (Blg. /11, insb. S. 3, 15f, 20f, 27). Diese Sexualhandlungen beinhalten kein relevantes Infektionsrisiko und entsprechen den Verhaltensempfehlungen der Gesundheitsbehörden und der Aids-Hilfen (ebendort).

Jedenfalls kann aber jemand, der sich auf die allgemein, ja staatlich propagierten Verhaltensmaßregeln zur Hiv-Prävention verläßt und daher ein Übertragungsrisiko durch solche Safer-Sex-Kontakte ausschließt, niemals den subjektiven Tatbestand des § 178 StGB (auch nicht des § 179 StGB) erfüllen, handelt er doch weder sorglos noch kann ihm (ohne dies auch dem Gesundheitsministerium und den Aids-Hilfen zu unterstellen) unterstellt werden, eine Infektion ernstlich für möglich gehalten und sich damit gar abgefunden zu haben. Gerade im Falle des V, liegt es nahe, dass er sich als offen lebender homosexueller Mann nach den allgemein bekannten und propagierten Präventions-Verhaltensregeln des Gesundheitsministeriums und der Aids-Hilfen für homo- und bisexuelle Männer gerichtet hatte. Für das Gegenteil gibt es jedenfalls keinerlei Beweisergebnisse, irgendwelche Erhebungen oder auch nur eine Befragung des V. Wollte man angesichts

dessen ohne weiteres die für den V ungünstigere Variante anzunehmen, verstieße dies gegen das Gebot der Unschuldsvermutung (Art. 6 EMRK).

Aus alldem erscheinen die o.a. neuen Beweismittel Blg. ./1 bis ./11 geeignet, die Freisprechung des V (hinsichtlich des Oralverkehrs mit BC, CD und 8 bis 12 weiteren Personen) bzw. seine Verurteilung unter Ausschaltung des § 178 StGB (lediglich auf Grund des § 209 StGB) (bzgl. des Oralverkehrs an AB) zu begründen. Die Blg. ./1 und ./11 werden unter einem vorgelegt. Die Blg. ./2 bis ./10 wurden der Generalprokuratur mit der Anregung vom 17.04.2002 vorgelegt und wollen von dort beigeschafft werden (Bezugszahl StA Klagenfurt Jv 460-17/01).

Das Strafverfahren ist daher insoweit wieder aufzunehmen als sich der Schuldspruch des dg. Urteils vom 19.07.1999 (ON 10) auf Oralverkehr des V mit AB, BC, CD und weiteren 8 bis 12 namentlich nicht bekannten Personen bezieht.

Dabei ist das Urteil auch im Faktum I. aufzuheben, weil es sich bei dem Oralverkehr an AB ohne Kondom um eine einzige Tat handelt, die (nach damaliger Ansicht des Gerichtes) idealkonkurrierend die Delikte der §§ 209 und 178 StGB verwirklichte. Gegenstand der Wiederaufnahme ist nicht die rechtliche Subsumtion sondern eine bestimmte Tat, eine bestimmte strafbare Handlung (*Mayerhofer*, StPO⁴, § 358 E2a). Weil ohne Verletzung des Grundsatzes „ne bis in idem“ ein und dieselbe (Sexual)Handlung (hier: Oralverkehr an AB ohne Kondom) nicht Gegenstand zweier nebeneinander parallel laufender Anklagen oder Schuldurteile (nach § 178 StGB einerseits und § 209 StGB andererseits) sein kann (vgl. *Mayerhofer*, StPO⁴, § 262 E76), ist infolge Bewilligung der Wiederaufnahme hinsichtlich der strafbaren Handlung „Oralverkehr an AB ohne Kondom“ das dg. Urteil sowohl zu Faktum I. (zur Gänze, Betasten und Entkleiden sind ja für sich nicht tabildlich nach § 209 StGB) als auch zu Faktum II. (soweit es sich auf den Oralverkehr mit AB bezieht) aufzuheben (§ 358 StPO).

Es ergehen daher die

A n t r ä g e ,

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.