



Republik Österreich
Landesgericht Klagenfurt

13 EVr 70/99

55

Das Landesgericht Klagenfurt hat in der Strafsache
gegen und gegen §§ 209, 178
StGB den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Antrag des Verurteilten , das
Strafverfahren hinsichtlich sämtlicher Urteilsfakten
wiederaufzunehmen, wird

a b g e w i e s e n .

Gemäß § 390 a Abs. 2 StPO hat der Wiederaufnahmewerber
die Kosten des erfolglosen Begehrens um Wiederaufnahme zu
tragen.

B e g r ü n d u n g :

wurde mit Urteil dieses Gerichtes vom
19.7.1999 zu 13 EVr 70/99 , rechtskräftig seit 23.7.1999, des
Verbrechens der gleichgeschlechtlichen Unzucht mit Personen
unter 18 Jahren nach dem § 209 StGB a.F. sowie des Vergehens
der vorsätzlichen Gefährdung von Menschen durch übertragbare

Krankheiten nach dem § 178 StGB schuldig erkannt und nach dem § 209 StGB zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt. Gemäß § 43 a Abs. 3 StGB iVm § 43 Abs. 1 StGB wurde ein Teil der verhängten Freiheitsstrafe von 9 Monaten unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen. Am 23.5.2001 war der unbedingte Strafteil vollzogen (ON 48).

Nach dem Inhalt des Schuldspruches hat ... von Juni/Juli 1997 bis 5.9.1997 als Person männlichen Geschlechts, die das 19. Lebensjahr vollendet hatte, mit einer Person, die das 14., aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, gleichgeschlechtliche Unzucht getrieben, indem er an ... geboren am 5.9.1979, im Zeitraum von Juni/Juli 1997 bis zum 5.9.1997, gegen Entgelt in seiner Wohnung homosexuelle Handlungen (Oralverkehr bis zum Samenerguss) an ... vollzog.

Vom Frühjahr 1997 bis zumindest Herbst 1998 hat ... dadurch und durch Vornahme weiterer homosexueller Handlungen (Oral- und Analverkehr wechselseitig und ohne Schutzvorkehrungen, obwohl er wusste, dass er an der Immunschwäche Aids, einer gemäß § 2 BGGl. 1993/728 meldepflichtigen Krankheit erkrankt war), mit ... und ... und mit 8 bis 12 weiteren namentlich nicht bekannten Personen, vorsätzlich Handlungen begangen, die geeignet waren, die Gefahr der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit unter Menschen herbeizuführen.

Mit dem am 8.10.2002 bei Gericht eingelangten Antrag (ON 53) begehrte der Verurteilte die Wiederaufnahme des Strafverfahrens hinsichtlich sämtlicher Urteilsfakten.

Seinen Wiederaufnahmsantrag begründete der Verurteilte 1.) hinsichtlich der oralen Befriedigung des ... im Wesentlichen damit, dass dadurch, dass das Gericht die vom Verurteilten vorgenommenen sexuellen Handlungen an ... nicht nur unter § 209 StGB sondern auch unter § 178 StGB subsumierte, davon ausgegangen wurde, dass die orale Befriedigung eines HIV-negativen Partners durch einen

HIV-positiven Menschen ein relevantes HIV-Übertragungsrisiko beinhaltet. Mit dieser Annahme würde sich das Gericht jedoch in Widerspruch zum medizinischen Wissensstand und der gängigen Informationspraxis der Gesundheitsbehörden im gesamteuropäischen Raum setzen. Hierfür legte der Verurteilte als neues Beweismittel die parlamentarische Anfrage und Anfragebeantwortung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 4.9.2002 (4107/AB XXI.GP) vor. In dieser Anfragebeantwortung hält der Bundesminister fest, dass das Risiko des passiven Partners bei dieser Form der Sexualität praktisch null wäre. Als weiteres neues Beweismittels wird die parlamentarische Anfragebeantwortung 3343/AB XXI.GP vom 3.4.2002 angeführt, in welcher der Bundesminister unter Bezugnahme auf eine vom Gesundheitsressort 1999 in 6. Auflage herausgebrachte Präventionsbroschüre u.a. ausführt, dass wenn ein HIV-positiver Mensch jemand mit dem Mund befriedige, für den passiven Partner/Partnerin keine Infektionsgefahr bestehe, weil Speichel per se nicht infektiös sei.

Weiters wird das jüngste Rechtsgutachten AIDS, HIV und Strafrecht von Ass.-Prof. Hubert Hinterhofer als neuer Beweis angeführt. Darüberhinaus führt der Verurteilte aus, dass Oralverkehr ohne Kondom den von den Gesundheitsbehörden und den Aids-Hilfen propagierten Verhaltensregeln entsprochen habe und entspräche; bei oraler Befriedigung des HIV-negativen Partners durch den HIV-positiven Partner auch bei Ejakulation in den Mund.

2.) Hinsichtlich des Oralverkehrs mit und
sowie weiteren 8-12 Personen führte der Verurteilte aus, dass sich auch hier das Gericht in Widerspruch zum medizinischen Wissensstand und der gängigen Informationspraxis der Gesundheitsbehörden im gesamteuropäischen Raum setzen würde. Hierfür wird als neues Beweismittel die parlamentarische Anfragebeantwortung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 4.9.2002 (4107/AB XXI.GP) vorgelegt, in welcher der Bundesminister festhielt, dass das Risiko des aktiven Partners

auch bei Ejakulation in den Mund als äußerst gering einzuschätzen sei.

Auch andere neue Beweismittel (Die Aids-Hilfen Österreichs: *Sicherer Sex für schwule Männer*, 1994; Die Aids-Hilfen Österreichs: *Sex unter schwulen Sternen*, 2000; BM für Arbeit, Gesundheit und Soziales: *Gib Aids keine Chance*, 1999; Schreiben *LeiterInnentagung der Aids-Hilfen Österreichs* an den ausgewiesenen Verteidiger vom 4.4.2001) würden 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 entspreche.

Diese Verhaltensregeln entsprächen auch jenen in der Bundesrepublik Deutschland (Deutsche Aids-Hilfen: *von Mann zu Mann*, 1997; Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung: *Safer Sex ... sicher*, 1996), 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) und auf internationaler Ebene (UNAIDS, *AIDS and men who have sex with men*, Technical Update, May 2000).

UNAIDS lehne sogar, gerade im Sinne einer wirksamen Hiv/Aids Prävention, Tatbestände wie jene der §§ 178, 179 StGB grundsätzlich ab; wenn sich Staaten dennoch zu solchen Tatbeständen entschließen, sollten diese Tatbestände 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).

Der Verurteilte bringt nun vor, dass 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 (und auch nicht des § 179 StGB) erfüllen könne, da er ja weder sorglos gehandelt habe, noch ihm unterstellt werden könne, dass er eine

Infektion ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden habe. Weiters liege es nahe, dass sich der Verurteilte 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 habe.

Die Staatsanwaltschaft Klagenfurt sprach sich gegen den Antrag des Verurteilten aus.

Der rechtskräftig Verurteilte kann gemäß § 353 StPO die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens u. a. dann beantragen, wenn er neue Tatsachen oder Beweismittel beibringt, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen geeignet erscheinen, seine Freisprechung oder die Verurteilung wegen einer unter ein milderes Strafgesetz fallenden Handlung zu begründen (Z 2). Als neu sind alle jene Tatsachen und Beweismittel zu betrachten, die - gleichgültig, ob sie der Verurteilte gekannt hat oder nicht - nach dem Inhalt der Akten im früheren Verfahren nicht vorgekommen sind (Foregger/Kodek, StPO 8. Auflage, § 353, Rz.2). Das Gericht hat bei der Entscheidung über die Wiederaufnahme ohne abschließende Beweiswürdigung der neuen Beweissituation auf einer vorgelagerten Ebene zu prüfen, ob die Entscheidung in der Sache anders hätte ausfallen können, wenn die neuen Verfahrensergebnisse mitberücksichtigt worden wären. Das über den Wiederaufnahmsantrag entscheidende Gericht (*iudicium rescindens*) wird hiebei ähnlich wie das erkennende Gericht solchen neuen Umständen die Eignung zur Änderung der Beweislage zuerkennen müssen, die für die Entscheidung wesentliche Umstände zum Gegenstand haben und sich nicht schon bei der Prüfung im Zusammenhang mit den früher erhobenen Beweisen als aussichtslos zeigen. Anderen Tatsachen und Beweisen kann bzw. hat es die Eignung zur Änderung der Beweislage abzusprechen (vgl Mayerhofer StPO⁴ E 3 d, 4 zu § 357).

Nach § 178 StGB ist jemand, der eine Handlung begeht, die geeignet ist, die Gefahr der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit unter Menschen herbeizuführen, zu bestrafen, wenn diese Krankheit ihrer Art nach zu den, wenn auch nur beschränkt, anzeige- oder meldepflichtigen Krankheiten gehört. Der § 178 StGB stellt ein abstrakt potenzielles Gefährdungsdelikt dar. Das heißt, es genügt, dass die Handlung geeignet ist, die Gefahr einer Verbreitung herbeizuführen. Nicht erforderlich ist, dass ein Schaden eingetreten oder eine konkrete Ansteckungs- bzw. Übertragungsgefahr entstanden ist. Es macht sich daher jeder AIDS-Infizierte nach § 178 StGB strafbar, der mit einem anderen ohne Verwendung eines Schutzmittels (Präservativ) im Bewusstsein der sich daraus ergebenden Übertragungsgefahr geschlechtlich verkehrt (Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum StGB², § 179, Rz. 2, 4).

Die neuen Beweise, die der Verurteilte beigebracht hat, legen nun dar, dass bei Oralverkehr eines HIV-Positiven an einem HIV-Negativen das Risiko des passiven Partners praktisch Null wäre, da Speichel per se nicht infektiös sei. Bei der oralen Befriedigung des HIV-Positiven Partners durch den HIV-Negativen, zumindest dann, wenn kein Samenerguss in den Mund erfolgt ist, bestehe ein bloß theoretisches, entfernt denkbares, nicht jedoch praktisches (Rest)Risiko.

Dem entgegenzuhalten ist das Sachverständigengutachten des o.Univ.Prof.Dr. Georg Stingl, Universitätsklinik für Dermatologie, Allgemeines Krankenhaus der Stadt Wien (ON 51), in welchem dieser festhält, dass in Speichelproben von HIV-infizierten Personen infektiöses Virus nur inkonsistent detektiert werden könne. In der Studie mit der größten Probenzahl konnte in nur 2 von 218 Speichelproben infektiöses Virus isoliert werden. In kleineren Studien mit ähnlicher Methodik rangierte die berichtete Detektionsrate von HIV im Speichel zwischen 0% und 39%. Die Verwendung molekularbiologischer Methodik (PCR) steigerte die in der Fachliteratur berichteten Detektionsrate auf 12% bis 83%. Zu bemerken sei jedoch, dass ein positives PCR Ergebnis nicht

notwendigerweise mit der Präsenz von infektiösem Virus gleichzusetzen sei.

Liegen Infektionen im Genitalbereich vor, sei die Gefahr der Infektion größer; es sei anzunehmen, aber nicht gezeigt, dass für den Bereich der Mundschleimhaut das gleiche gelte. Orale Pathologien mit erhöhtem lokalem Blutungsrisiko führen, über die Kontamination des Speichels mit Blut mit Sicherheit zu einer höheren Infektiösität des "Speichels".

Zusammenfassend wird in dem Gutachten festgehalten, dass das Risiko einer HIV Infektion durch Exposition mit Speichel einer HIV-positiven Person im Rahmen eines oro-genitalen Geschlechtsverkehrs von einer Vielzahl von Faktoren abhängig sei. Aufgrund der Möglichkeit jedoch, dass ein oder mehrere Umstände, die das Angehen einer Infektion begünstigen, vorliegen können, ist ein Transmissionsrisiko nicht 100% auszuschließen. Dies würden vereinzelte Fallberichte, welche eine HIV-Transmission nach ausschließlichem Kontakt mit Speichel einer HIV-infizierten Person beschreiben, dokumentieren. Eine bedeutende Rolle könne der Übertragungsmöglichkeit von HIV über Speichel jedoch mit Sicherheit nicht zuerkannt werden.

Da § 178 StGB, wie bereits erwähnt ein abstrakt potenzielles Gefährdungsdelikt darstellt und es genügt, dass eine Handlung geeignet ist, die Gefahr einer Verbreitung herbeizuführen, bedeutet das im konkreten Fall, dass, dem Gutachten zu Folge, auch bei einer ungeschützten oralen Befriedigung eines HIV-negativen Menschen durch einen HIV-positiven Menschen ein Transmissionsrisiko nicht 100% auszuschließen ist. Das heißt, dass sehr wohl die Gefahr - wenn auch nur sehr gering - besteht, dass bei dieser Art des Verkehrs AIDS übertragen wird.

In seinem Wiederaufnahmsantrag (ON 53) hielt der Verurteilte, wie bereits oben erwähnt, fest, dass jemand, der sich auf die staatlich propagierten Verhaltensmaßregeln zur HIV -Prävention verlässt und daher ein Übertragungsrisiko durch solche Safer-Sex-Kontakte ausschließt, niemals den

subjektiven Tatbestand des § 178 StGB erfüllen könne, da ihm nicht unterstellt werden könne, dass er eine Infektion ernstlich für möglich gehalten und sich gar damit abgefunden habe.

Das Geständnis des Verurteilten spricht jedoch dafür, dass dieser, wie er selbst eingesteht, als offen lebender homosexueller Mann jedoch sehr wohl in Kenntnis darüber war, dass es auch bei dieser Art des Verkehrs gewisse Übertragungsrisiken gibt, er sich jedoch damit abgefunden hat und trotzdem Verkehr mit anderen Männern hatte.

Selbst wenn man der Ansicht des Wiederaufnahmewerbers bezüglich des ungeschützten Oralverkehrs einer HIV positiven mit einer HIV negativen Person folgt, ist daraus für den Wiederaufnahmewerber nichts zu gewinnen, da wie aus dem Spruch ersichtlich auch wegen ungeschütztem Analverkehr nach § 178 StGB verurteilt wurde.

Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen, insbesondere des vorigen Absatzes, erweisen sich die vom Verurteilten beigebrachten Beweise weder allein noch in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen als geeignet, insgesamt Zweifel an der Richtigkeit der erstrichterlichen Entscheidung zu wecken, bzw. die Freisprechung des Verurteilten oder seine Verurteilung wegen einer unter ein milderer Strafgesetz fallenden Handlung zu begründen, weshalb der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens abzuweisen war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 390a Abs. 2 StPO.

Landesgericht Klagenfurt,

am 10. FEB. 2010

Mag. Oliver Kriz
Für die Richtigkeit der Urteilsfindung
der Landesgericht Klagenfurt
