

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB110505-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Spiess, Präsident, und Dr. Bussmann, Ersatzoberrichter Schmid sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Aardoom

## Urteil vom 3. April 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

sowie

**B.** \_\_\_\_\_,

Privatkläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **schwere Körperverletzung etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung,  
vom 13. April 2011 (DG100583)**

## Anklage

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 8. September 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 44).

### Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
  - der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB sowie
  - des Verbreitens menschlicher Krankheiten im Sinne von Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 33 Monaten Freiheitsstrafe.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 27 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Im Übrigen (6 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger aus dem eingeklagten Sachverhalt dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist.

Der Beschuldigte wird gemäss seiner Anerkennung verpflichtet, dem Privatkläger Fr. 6'000.– als Ersatz für bisher angefallene Gesundheitskosten zu bezahlen.

Im darüber hinausgehenden Betrag wird der Privatkläger zur Feststellung des Umfanges des Schadenersatzanspruches auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger Fr. 50'000.– zuzüglich 5 % Zins ab 30. Juni 2003 als Genugtuung zu bezahlen.

6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 6'000.- ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 18'225.90 Auslagen Untersuchung

Fr. 4'089.20 amtliche Verteidigung Rechtsanwalt lic. iur. Z. \_\_\_\_\_

Fr. 1'768.35 amtliche Verteidigung Rechtsanwalt lic. iur. Z1. \_\_\_\_\_

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung durch Rechtsanwalt Z. \_\_\_\_\_, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten für die amtliche Verteidigung durch Rechtsanwalt Z1. \_\_\_\_\_ werden auf die Gerichtskasse genommen.

8. a) Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger eine Prozessentschädigung von Fr. 8'833.- (inkl. MwSt) zu bezahlen. Es wird Vormerk genommen, dass er davon Fr. 4'000.- anerkannt hat.

b) Dem Privatkläger wird eine Prozessentschädigung im Umfang von Fr. 1'420.30 (inkl. MwSt) aus der Staatskasse zugesprochen.

9. Dem Beschuldigten wird eine Prozessentschädigung im Umfang von Fr. 3'550.80 (inkl. MwSt) aus der Gerichtskasse zugesprochen.

### **Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 104 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei nicht freizusprechen, sondern wegen versuchter einfacher Körperverletzung im Sinne von Art. 123 StGV schuldig zu sprechen. Von einer Strafe sei (in Anwendung der Doktrin nach BGE 131 IV 7 ff.) abzusehen.

Eventualiter sei der Beschuldigte der vollendeten einfachen Körperverletzung i.S. von Art. 123 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen. Von einer Strafe sei auch in diesem Fall abzusehen.

Eine allfällige Strafe sei derart auszusprechen, dass der bedingte Vollzug möglich ist.

2. Vom Tatbestand der Übertragung einer gefährlichen Krankheit i.S. von Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sei der Beschuldigte freizusprechen.
3. Zu den Zivilforderungen, Kosten und Entschädigungsfolgen wird am Schluss des Plädoyers im Rahmen der Begründung Antrag gestellt.

b) Der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich:

(Urk. 105 S. 1)

1. Es sei die (Teil-)Rechtskraft des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 13. April 2011 festzustellen.
2. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 33 Monaten zu bestrafen.
3. Die Freiheitsstrafe sei je hälftig im Umfang von 16 ½ Monaten zu vollziehen, bzw. unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufzuschieben.

c) Des Vertreters der Privatklägerschaft:

(Prot. S. 5)

Namens und im Auftrag meines Klienten stelle ich den Antrag, dass die Berufung abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren zulasten des Beschuldigten, wobei der Beschuldigte zu verpflichten sei, dem Privatkläger für das Verfahren vor Obergericht eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500 inkl. MwSt und Barauslagen auszurichten.

## **Das Gericht erwägt:**

### **I. Prozessgeschichte**

1. Der Verfahrensgang bis zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung ergibt sich aus dem Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 13. April 2011 (Urk. 96 S. 4 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Mit diesem eingangs im Dispositiv wiedergegeben Urteil wurde der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB sowie des Verbreitens menschlicher Krankheiten im Sinne von Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit 33 Monaten Freiheitsstrafe bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 27 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Im Übrigen (6 Monate) wurde die Freiheitsstrafe als vollziehbar erklärt. Es wurde zusätzlich festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger aus dem eingeklagten Sachverhalt dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig sei. Der Beschuldigte wurde ferner dazu verpflichtet, die vor der Vorinstanz durch den Beschuldigten anerkannten Gesundheitskosten in der Höhe von Fr. 6'000.– als Ersatz für bisher angefallene Gesundheitskosten zu bezahlen. Im darüber hinausgehenden Betrag wurde der Privatkläger zur Feststellung des Umfanges auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen. Der Beschuldigte wurde ausserdem dazu verpflichtet, dem Privatkläger Fr. 50'000.– zuzüglich 5 % Zins ab 30. Juni 2003 als Genugtuung sowie eine Prozessentschädigung von Fr. 8'833.– (inkl. MwSt) zu bezahlen.

2. Das Urteil wurde dem Beschuldigten am 13. April 2011 mündlich eröffnet und im Dispositiv übergeben (Urk. 92; Prot. I S. 20). Anlässlich der mündlichen Eröffnung meldete der amtliche Verteidiger, RA Dr. X.\_\_\_\_\_, namens des Beschuldigten noch vor den Schranken des Gerichts, und somit rechtzeitig, Berufung an (Art. 399 Abs. 1 StPO; Prot. I S. 20). Das begründete Urteil wurde dem Verteidiger am 30. Juni 2011 zugestellt (Urk. 95/1). Mit Schreiben vom 12. Juli 2011 liess der Beschuldigte fristgerecht seine Berufungserklärung einreichen

(Urk. 97; Art. 399 Abs. 3 StPO). Demgemäss ist die Berufung eine umfassende; sie richtet sich gegen Ziff. 1 bis Ziff. 9 des vorinstanzlichen Urteils.

3. Mit Präsidialverfügung vom 12. August 2011 wurden dem Privatkläger und der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich Frist für eine Anschlussberufung gesetzt (Urk. 98). Der Vertreter der Anklagebehörde erhob mit Eingabe vom 18. August 2011 Anschlussberufung, mit dem Antrag, die auszufällende Freiheitsstrafe von 33 Monaten sei im Umfang von 16 ½ Monaten zu vollziehen und im Übrigen (16 ½ Monate) sei der Vollzug aufzuschieben, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren (Urk. 101). Der Privatkläger liess sich nicht vernehmen.

4. Mit Präsidialverfügung vom 31. Oktober 2011 wurden die Parteien schliesslich auf den 3. April 2012 zur Berufungsverhandlung vorgeladen.

## **II. Sachverhalt**

1. Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift vom 8. September 2010 (Urk. 44) vorgeworfen, zu einzelnen nicht mehr genauer zu bezeichnenden Zeitpunkten zwischen ungefähr Ende April 2003 und Juni 2003 zusammen mit seinem damaligen Lebenspartner, dem Privatkläger, in der an der C.\_\_\_\_\_strasse ... in Zürich gelegenen Wohnung insgesamt zwischen 5 und 10 Mal gegenseitigen ungeschützten Oral- und Analverkehr ausgeübt zu haben, wobei der Beschuldigte und der Privatkläger jeweils in Mund und After des Partners ejakuliert hätten. Dabei habe der Beschuldigte aufgrund eines HIV-Tests gewusst, dass er Träger des HI-Virus sei, und dass es sich dabei um einen namentlich durch ungeschützt ausgeübten Oral- und Analverkehr übertragbaren Krankheitserreger handle. Durch den bewusst ungeschützt vorgenommenen Sexualverkehr mit dem Privatkläger, dem er (der Beschuldigte) seine HIV-Infektion verschwiegen habe, habe der Beschuldigte zumindest in Kauf genommen, den Privatkläger mit dem HI-Virus lebenslang zu infizieren und ihn, was er ebenfalls gewusst und zumindest in Kauf genommen habe, mit einer unheilbaren Krankheit anzustecken, welche nach ungewisser, relativ langer Zeit mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Ausbruch der Im-

munschwäche AIDS (Acquired Immune Deficiency Syndrome) und anschliessend mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Tod führe. Durch den geschilderten ungeschützt ausgeführten Sexualverkehr mit dem Beschuldigten habe sich der Privatkläger in der Folge mit dem HI-Virus infiziert.

2.1. Nachdem der Berufungskläger den eingeklagten Sachverhalt in der Untersuchung zunächst anerkannte, bestritt er diesen in der Folge mit der Begründung, es sei nicht sicher, dass er es gewesen sei, der den Privatkläger angesteckt habe. Es sei nicht auszuschliessen, dass eine Drittperson, im konkreten Fall D.\_\_\_\_\_, den Privatkläger mit dem HI-Virus infiziert habe. Gerügt wird zudem die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz. Entscheidend sei - so die Verteidigung - die Frage, ob die Aussagen des Privatklägers im Hinblick auf die Sexualpraktiken mit D.\_\_\_\_\_ glaubwürdig (recte: glaubhaft) und überzeugend seien. Wären sie dies nicht, so müsse davon ausgegangen werden, dass der Privatkläger in der fraglichen Zeit der Ansteckung auch mit D.\_\_\_\_\_ ungeschützten Sex gehabt habe. Dadurch sei eine (weitere) Person bekannt, die konkret als Überträger des HI-Virus in Frage käme (Urk. 97 S. 2; Urk. 104 S. 5 ff.).

2.2. Die Vorinstanz erachtete den Sachverhalt aufgrund der gesamten Umstände, der virologischen Gutachten und der glaubhaften Aussagen des Privatklägers als rechtsgenügend erstellt und sprach den Beschuldigten gemäss der rechtlichen Würdigung durch die Anklagebehörde schuldig. Dabei hat sich die Vorinstanz ausführlich und umfassend mit der relevanten Beweissituation, insbesondere mit den hier massgeblichen (verwertbaren) Aussagen der Beteiligten, auseinandergesetzt und eine sehr sorgfältige Beweiswürdigung vorgenommen. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann daher vorab auf die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 96 S. 14 ff.). Die nachfolgenden Erwägungen sind dementsprechend vorwiegend zusammenfassender, teilweise auch ergänzender Natur.

3.1.1. In einem Strafprozess sind an den Beweis von Täterschaft und Schuld hohe Anforderungen zu stellen. Eine Verurteilung darf jedoch nicht erst bei absoluter Sicherheit der Tatsachenfeststellungen erfolgen. Fehlt ein direkter Be-

weis, so ist gemäss dem in Art. 10 Abs. 2 StPO verankerten Prinzip der freien Beweiswürdigung vorzugehen, wonach das Gericht die Beweise frei würdigen soll. Aufgabe des Gerichts ist es, ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln und nur seinem Gewissen verpflichtet zu prüfen, ob es die an sich möglichen Zweifel überwinden und sich für einen bestimmten Sachverhalt entscheiden kann (BGE 103 IV 300 f.). Äussert die Beschuldigte andere Sachverhaltsdarstellungen, als sich durch die übrigen Beweismittel ergeben, so führt dies nicht ohne Weiteres in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" zum Freispruch. Vielmehr ist aufgrund der Aussagen der Beteiligten und aller in Betracht fallender Umstände des Falles zu prüfen, ob sich die vorhandenen Zweifel überwinden lassen und ob der nicht mit Sicherheit feststehende Sachverhalt als gegeben erachtet werden kann. Nur erhebliche und unüberwindliche Zweifel sind zugunsten des Beschuldigten zu werten. Erheblich sind Zweifel, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen und sich jedem kritischen und vernünftigen Menschen stellen (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2005, S. 247). Nur wenn sich nach Erschöpfung aller Beweismittel und sorgfältiger Handhabung aller Erkenntnisquellen beim Gericht eine Überzeugung weder für die Existenz noch für die Nichtexistenz der beweisbedürftigen Tatsachen einzustellen vermag, ist nach der den Beschuldigten begünstigenden Regel vorzugehen (Hochuli, in dubio pro reo, SJZ 50 (1954) S. 255).

3.1.2. Der Beweis kann grundsätzlich direkt, unmittelbar mit Tatsachen geführt werden, welche über den Hergang des strittigen Sachverhaltes Auskunft geben, indem sie diesen positiv belegen oder direkt ausschliessen. Soweit jedoch ein direkter Beweis nicht möglich ist, ist der Nachweis indirekt (d.h. mit Indizien) zu führen, wobei die Gesamtheit der einzelnen Indizien, deren "Mosaik" zu würdigen ist (vgl. dazu Pra 2002 Nr. 180 E. 3.4 sowie Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 22; Noll, Strafprozessrecht, S. 64 und Arzt, In dubio contra, in ZStrR 115 S. 197). In einem Entscheid des Kassationsgerichtes (ZR 106/2007 Nr. 46 vom 31.1.2006; Kass.G. AC050054) heisst es dazu:

"Eine Tatsache ist dann ein Indiz für die Haupttatsache, wenn sie die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der Haupttatsache beeinflusst (Bender/Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Band I, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, 2. A., München 1995, N. 388 S. 216). Der Beweiswert einzelner Indizien kann verschieden sein. Einzelne können praktisch mit Sicherheit auf ein Beweisthema hinweisen, andere tun es nur mit einer gewissen (mehr oder weniger grossen) Wahrscheinlichkeit. Oft weisen verschiedene Indizien auf eine Tat hin. In diesem Fall sind sie nicht einzeln, sondern in ihrer Gesamtheit zu würdigen (Hauser / Schweri / Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel Genf München 2005, § 59 N. 13, mit Verweisung auf Hans Walder, Der Indizienbeweis im Strafprozess, in ZStrR 108, 1991, S. 299 ff.; vgl. insbes. S. 306 unten und S. 309 unten). Da ein Indiz immer nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit (die kleiner oder grösser sein kann) auf die Täterschaft oder die Tat hinweist, lässt es, einzeln betrachtet, die Möglichkeit des Andersseins offen, enthält daher auch den Zweifel. Alle Indizien zusammen können aber vollen Beweis und volle Überzeugung bringen und jeden vernünftigen Zweifel ausschliessen. Der Satz "in □ dubio pro reo" ist daher anerkanntermassen nur auf die ganze Beweisführung anwendbar, nicht auf einzelne Indizien (Hans Walder, Die Beweisführung in Strafsachen, insbesondere der Indizienbeweis, Zürich 1974/75 (Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich, Referat), S. 49; vgl. Pra 91 (2002) Nr. 180 Erw. 3.4 S. 963)."

3.2. Ein direkter Beweis, dass der Beschuldigte den Privatkläger mit dem HI-Virus angesteckt hat, liegt nicht vor. Es gibt keine wissenschaftlichen Beweise dafür; auch das virologische Gutachten liefert dafür keine absolute Sicherheit. Somit stellt sich die Frage, ob der Schuldnachweis im vorliegenden Fall mittels Indizien geführt werden kann.

3.3. Der Beschuldigte wird vorliegend vor allem durch die Aussagen des Privatklägers, das virologische Gutachten vom 23. Februar 2009 (Urk. 3/6), indirekt durch das Zusatzgutachten vom 18. September 2009 (Urk. 29) sowie durch seine eigenen Aussagen belastet. Die Vorinstanz hat deren Inhalt richtig und vollständig zusammengefasst. Darauf kann vorab, um Wiederholungen zu vermeiden, verwiesen werden (Urk. 96 S. 18 ff. und S. 25 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Wie schon im bisherigen Verfahren brachte der Verteidiger auch anlässlich der Berufungsverhandlung die Rüge vor, die Person des Gutachters als auch das Zusatz-

gutachten seien fragwürdig. Das Zusatzgutachten sei für ihn nicht verständlich. Weshalb E. \_\_\_\_\_ als Überträger nicht in Frage komme, könne man nur aufgrund der Aussage des Gutachters erkennen und sei für den Verteidiger als Laien nicht überprüfbar (Urk. 104 S. 2 f.). Die Vorinstanz hat sich mit den Rügen gegen die Person des Gutachters (Prof. Dr. med. F. \_\_\_\_\_) sehr ausführlich befasst. Auf ihre zutreffenden Erwägungen – insbesondere auch den Verweis auf den Rekursentscheid der Oberstaatsanwaltschaft vom 1. September 2009 betreffend, mit welchem eine Voreingenommenheit des Gutachters mit ausführlicher Begründung verneint wurde – kann verwiesen werden (Urk. 96 S. 9-14). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es dem Wesen eines Gutachtens immanent ist, dass nicht jedes einzelne Detail der theoretischen Ausführungen von einem Laien verstanden werden muss. Es ist gerade der Sinn von Gutachten, (vorliegend medizinischen) Laien in verständlicher Weise die Schlussfolgerungen der gutachterlichen Feststellungen und Ausführungen näherzubringen. Dass die Schlussfolgerungen vorliegend klar, nachvollziehbar und verständlich waren, wird auch durch die Verteidigung anerkannt (Urk. 104 S. 3).

3.4. Die Vorinstanz hat sich zunächst mit zutreffenden Erwägungen, welche weder der Ergänzung noch der Korrektur bedürfen, zur allgemeinen Glaubwürdigkeit der beteiligten Personen geäußert (Urk. 96 S. 16 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO), weshalb sich Ergänzungen dazu erübrigen.

3.5.1. Zu folgen ist des Weiteren den vorinstanzlichen Erwägungen, dass der allgemeinen Glaubwürdigkeit des Aussagenden nach neueren Erkenntnissen kaum mehr Bedeutung zukommt. Stützt sich die Beweisführung auf die Aussagen von Beteiligten, so sind diese vielmehr frei zu würdigen. Es ist anhand sämtlicher Umstände, die sich aus den Akten und den Verhandlungen ergeben, zu untersuchen, welche Sachdarstellung überzeugend ist, wobei es vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen ankommt, verbunden mit der Art und Weise, wie die Angaben erfolgen. Bei der Würdigung von Aussagen darf nicht einfach auf die Persönlichkeit oder allgemeine Glaubwürdigkeit von Aussagenden abgestellt werden. Massgebend ist vielmehr die Glaubhaftigkeit der konkreten, im Prozess relevanten Aussagen. Diese sind einer kritischen Würdigung zu unterziehen, wobei

auf das Vorhandensein von sogenannten Realitätskriterien grosses Gewicht zu legen ist (vgl. R. Bender, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, in SJZ 81 [1985] S. 53 ff.; Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 3. A., München 2007, N 310 ff. und N 350 ff). Die wichtigsten Realitätskriterien sind dabei die „innere Geschlossenheit“ und „Folgerichtigkeit in der Darstellung des Geschehnisablaufes“; „konkrete und anschauliche Wiedergabe des Erlebnisses“ sowie die „Schilderung des Vorfalles in so charakteristischer Weise, wie sie nur von demjenigen zu erwarten ist, der den Vorfall selber miterlebt hat“; „Kenntlichmachung der psychischen Situation von Täter und Zeuge bzw. unter Mittätern“; „Selbstbelastung oder unvoreilhaft Darstellung der eigenen Rolle“; „Entlastungsbemerkungen zugunsten des Beschuldigten“, „Konstanz der Aussage bei verschiedenen Befragungen, wobei sich aber sowohl Formulierungen als auch Angaben über Nebenumstände verändern können“ (Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozessrecht mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 316). Andererseits sind auch allfällige Phantasie- oder Lügensignale zu berücksichtigen. Als Indizien für falsche Aussagen gelten „Unstimmigkeiten oder grobe Widersprüche in den eigenen Aussagen“, „Zurücknahme oder erhebliche Abschwächungen in den ursprünglichen Anschuldigungen“, „Übersteigerungen in den Beschuldigungen im Verlaufe von mehreren Einvernahmen“, „unklare, verschwommene oder ausweichende Antworten“ sowie „gleichförmig, eingeübt und stereotyp wirkende Aussagen“. Fehlen Realitätskriterien oder finden sich Lügensignale, so gilt dies als Indiz für eine Falschaussage.

3.5.2. Bei der Würdigung von Aussagen sind alle Depositionen heranzuziehen, die eine Person in diesem Zusammenhang gemacht hat. Differenzen in den verschiedenen Aussagen einer Person belegen dabei noch keineswegs deren Unwahrheit. Zum einen können in den Ablauf passende Details eher die Glaubhaftigkeit der Aussage bestärken, zum andern darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass Sekundäreinflüsse (insbesondere Aussagen von Fragestellenden, Diskussionen über das Geschehene) zu voneinander abweichenden Aussagen führen können. Im Verlaufe der gedanklichen Auseinandersetzung gewinnt das Erlebte

zunehmend an wirklicher aber allenfalls auch an scheinbarer Prägnanz. Die befragte Person ist dann nicht mehr in der Lage zwischen wirklich Erlebtem und später Erfahrenem zu unterscheiden. Deshalb sind die dem Geschehen zeitlich am nächsten liegenden Aussagen – wenn nicht grundsätzlich deren Glaubhaftigkeit im Zweifel steht – in der Regel realitätsgenauer.

3.5.3. Ferner ist zu betonen, dass – wie das Bundesgericht in einem im Internet publizierten Entscheid vom 9. September 2002 (1P.378/2002; Erw. 5.1) bzw. wie das Kassationsgericht im Entscheid vom 2. Februar 2004 (AC030110; Erw. III 1.b aa) ausgeführt haben – kein Anspruch darauf besteht, dass sich die urteilende Instanz mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen müsste. Die Berufungsinstanz kann sich somit durchaus auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Dazu gehört auch, dass sich die Berufungsinstanz – soweit nicht Korrekturen, Ergänzungen bzw. Präzisierungen angebracht sind – auch auf die Erwägungen der Vorinstanz beschränken kann.

3.6.1. Mit Bezug auf die seitens der Verteidigung gerügte Beweiswürdigung, stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit auf die Aussagen des Privatklägers im Hinblick auf die Sexualpraktiken mit D.\_\_\_\_\_ abgestellt werden kann.

3.6.2. Vorab ist festzuhalten, dass das Aussageverhalten des Privatklägers insgesamt kohärent, nachvollziehbar und widerspruchsfrei erscheint. Nicht nur die Tatsache, dass er immer offen und konstant über sein Intimleben ausgesagt hat, sondern insbesondere auch der Umstand, dass er offen zugegeben hat, nach dem Beschuldigten weitere Sexualpartner, unter anderem den HIV-positiven E.\_\_\_\_\_, gehabt zu haben, spricht für die Glaubhaftigkeit seiner Aussagen, hätte er dies doch auch unbemerkt verschweigen können.

Vermeintlich widersprüchlich erscheint sein Aussageverhalten im Hinblick auf die Sexualpraktiken mit seinen damaligen Partnern, namentlich E.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_. So sagte der Privatkläger anlässlich der Einvernahme vom 11. April 2007 zunächst aus, er habe keinen ungeschützten Verkehr mit D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ vollzogen (Urk. 4/2 S. 6), gibt später in der gleichen Einvernahme auf

entsprechende Ergänzungsfrage des Verteidigers bzw. auf Nachfrage des Staatsanwaltes hin aber an, er habe mit E. \_\_\_\_\_ neben geschütztem Analverkehr auch ungeschützten Oralverkehr ohne Ejakulation praktiziert. Mit D. \_\_\_\_\_ habe er nur geschützten Analverkehr vollzogen. Auf weiteres Befragen führte er aus, er könne sich nicht daran erinnern, mit D. \_\_\_\_\_ oral verkehrt zu haben. Er glaube, das sei nicht der Fall gewesen (Urk. 4/2 S. 8 f.). Auf diese Varianz in den Aussagen des Privatklägers wurde auch die Vorinstanz aufmerksam und setzte sich mit zutreffenden Erwägungen damit auseinander. So kam auch die Vorinstanz zum Schluss, dass diese, auf den ersten Blick widersprüchlichen Aussagen, in Tat und Wahrheit nur durch ein anderes Verständnis von geschütztem Verkehr zustande gekommen sind (vgl. Urk. 96 S. 31 ff.). Während die Verteidigung darunter nur den Vollzug von Oral- und Analverkehr mit Kondom verstanden haben will, handelt es sich für den Privatkläger offensichtlich immer dann um geschützten oder mit anderen Worten sicheren Verkehr, wenn durch geeignete Vorkehrungen, wozu nicht zwingend ein Kondom gehören muss, kein Ansteckungsrisiko besteht. So gesehen sind die obigen Aussagen nicht widersprüchlich, denn wie schon die Vorinstanz hierzu ausführte, besteht gemäss den "Safer Sex"-Regeln des Bundesamtes für Gesundheit und den Informationen der AIDS-Hilfe Schweiz kein Ansteckungsrisiko durch ungeschützten Oralverkehr, solange kein Sperma in den Mund gelangt. Dieses Verständnis deckt sich wiederum mit der Aussage des Privatklägers, wonach er sich doppelt geschützt habe, indem er durch E. \_\_\_\_\_ über dessen HIV-Positivität informiert worden sei und er diese Situation akzeptiert habe. Der Schutz, wie ihn der Privatkläger versteht, besteht im Wissen um das Ansteckungsrisiko und die daraus resultierende Beachtung der "Safer Sex"-Regeln. Aufgrund des Gesagten besteht für die Berufungsinstanz kein Anlass, die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Privatklägers in Bezug auf die Sexualpraktiken mit D. \_\_\_\_\_ in Frage zu stellen. Es ist somit mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Privatkläger einerseits mit D. \_\_\_\_\_ und mit E. \_\_\_\_\_ Analverkehr mit Kondom und andererseits mit E. \_\_\_\_\_ – und möglicherweise auch mit D. \_\_\_\_\_ – Oralverkehr ohne Kondom und ohne Ejakulation in den Mund praktiziert hat. Diesbezüglich erweist sich die Rüge der Verteidigung als unbegründet.

3.7.1. Des Weiteren wird von der Verteidigung geltend gemacht, es sei nicht auszuschliessen, dass eine Drittperson, im konkreten Fall D.\_\_\_\_\_, den Privatkläger mit dem HI-Virus angesteckt habe.

3.7.2. Der Privatkläger sagte aus, er habe in der Zeit nach der Trennung vom Beschuldigten im Juni 2003 und dem positiv ausgefallenen HIV-Test vom 15. Oktober 2004 intime Beziehungen zu anderen Männern unterhalten, namentlich zu E.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_. Mit E.\_\_\_\_\_ führte er eine länger andauernde Beziehung. Sie hätten sich im Februar 2004 kennengelernt und anschliessend im April 2004 eine feste Beziehung begonnen, welche dann bis ca. Dezember 2008 andauert habe (Urk. 17 S. 2). Die Beziehung zu D.\_\_\_\_\_ sei nur von kurzer Dauer gewesen, wobei sich diese danach in eine Freundschaft umgewandelt habe (Urk. 4/2 S. 8). Aufgrund des Zusatzgutachtens vom 18. September 2009 konnte die Ansteckung mit HIV des Privatklägers durch E.\_\_\_\_\_ mit einer statistischen Wahrscheinlichkeit von 100 % ausgeschlossen werden (Urk. 29). Somit kommt nur noch eine Ansteckung durch D.\_\_\_\_\_ in Frage.

3.8. Aufgrund der glaubhaften Aussagen des Privatklägers ist davon auszugehen, dass er in der Zeit von seinem letzten negativen HIV-Test am 6. Mai 2002 bis zum positiven Befund vom 15. Oktober 2004 neben dem Beschuldigten nur zwei weitere Sexualpartner hatte, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, wobei aufgrund des erwähnten Zusatzgutachtens (Urk. 29) eine Übertragung durch E.\_\_\_\_\_ bekanntlich ausscheidet.

Gemäss den Aussagen des Privatklägers praktizierte er mit D.\_\_\_\_\_ geschützten Analverkehr und allenfalls ungeschützten Oralverkehr, jedoch ohne Ejakulation in den Mund. Bereits der Umstand, dass bei diesen Sexualpraktiken nach dem heutigen Wissensstand eine Übertragung des HI-Virus praktisch nicht möglich ist, lässt das Risiko einer Ansteckung durch D.\_\_\_\_\_ als äusserst minim erscheinen. Wird darüber hinaus berücksichtigt, dass sowohl der Privatkläger als auch der Beschuldigte Träger einer in der Schweiz wahrscheinlich bisher unbekannt Variante des HI-Virus – eine BF-rekombinante Form von HIV-1 mit Subtyp B in *gag* p24 und der viralen Integrase sowie Subtyp F1 in gp120 des env-

Gens – sind, erscheint eine Ansteckung des Privatklägers durch D.\_\_\_\_\_ als zusätzlich unwahrscheinlich. Da beim Privatkläger keine Mehrfachansteckung vorliegt, müsste D.\_\_\_\_\_ – soll er tatsächlich als Überträger des HIV in Frage kommen – ebenfalls ausgerechnet Träger dieser in Europa sehr seltenen, vorwiegend in Südamerika vorkommenden Variante des HI-Virus sein, was aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung doch unwahrscheinlich ist. Es besteht zwar durchaus die (theoretische) Möglichkeit, dass eine Ansteckung auch in Europa und nicht nur ausschliesslich und zwingend in Südamerika erfolgen kann. Die Tatsachen, dass die vom Beschuldigten und vom Privatkläger getragene Variante des HI-Virus "CRF 39" bisher vorwiegend in Südamerika und nicht in der Schweiz aufgetaucht ist und zusätzlich dazu die Sequenzpopulationen des Beschuldigten und des Privatklägers im Durchschnitt zu 93.8% bei einer Standardabweichung von 1.1% identisch sind, weisen - zusammen mit den glaubhaften Ausführungen des Privatklägers - deutlich darauf hin, dass es mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit zu einer Ansteckung des Privatklägers durch den Beschuldigten gekommen ist. Das bedeutet aber eben auch, dass eine Infektion durch eine Drittperson, im konkreten Fall durch D.\_\_\_\_\_, entsprechend unwahrscheinlich ist. Diese rein theoretische und auf blossen Mutmassungen der Verteidigung beruhende Möglichkeit der Ansteckung ist angesichts der gesamten gegebenen Sachlage jedenfalls nicht geeignet, vernünftige und unüberwindbare Zweifel an der Infizierung des Privatklägers durch den Beschuldigten zu wecken.

3.9. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass sämtliche Umstände des vorliegenden Falles klar auf den Beschuldigten als Täter hinweisen. Die Vorinstanz hat sämtliche relevanten Indizien zutreffend aufgezeigt (vgl. dazu Urk. 96 S. 37 f.), worauf wiederum verwiesen werden kann. Für sich allein vermöchte keines der genannten Indizien den rechtsgenügenden Beweis zu erbringen. In ihrer Gesamtheit jedoch zeichnen sie ein Bild, das keine – mehr als bloss theoretischen – Zweifel daran zulässt, dass es der Beschuldigte war, der den Privatkläger mit dem HI-Virus angesteckt hat. Der eingeklagte Sachverhalt ist somit rechtsgenügend erstellt.

### **III. Rechtliche Würdigung**

1. Die Vorinstanz hat das Verhalten des Beschuldigten als schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB und als Verbreiten menschlicher Krankheiten im Sinne von Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB qualifiziert. Sie hat sich dabei auf die konstante bundesgerichtliche Praxis bezogen (Urk. 96 S. 38 ff.; vgl. auch BGE 134 IV 193 E. 6). Auf ihre zutreffenden Erwägungen kann verwiesen werden. Wohl ist der medizinische Fortschritt im Bereich der HIV-Forschung seit dessen Entdecken erheblich, so dass nicht ausgeschlossen kann, dass das Bundesgericht dereinst von seiner jetzigen Praxis abweichen könnte. Jedoch ist der Vorinstanz beizupflichten, dass in Bezug auf die Qualifikation der Übertragung des HI-Virus als schwere Körperverletzung zum jetzigen Zeitpunkt – beim jetzigen Stand der Wissenschaft und den Behandlungsmöglichkeiten – kein Anlass besteht, von dieser gefestigten Praxis abzuweichen. Mit zutreffender Begründung hat die Vorinstanz auch die aufgeworfene Frage (Urk. 89 S. 12 ff.) der Einwilligung in die schwere Körperverletzung seitens des Privatklägers verworfen (Urk. 96 S. 43 f.). Es kann zwecks Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich auf diese vorinstanzlichen Erwägungen, welche keiner Ergänzung bedürfen, verwiesen werden.

2. Der Beschuldigte ist somit auch zweitinstanzlich anklagegemäss der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB und des Verbreitens menschlicher Krankheiten im Sinne von Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

### **IV. Strafzumessung**

1.1. Am 1. Januar 2007 trat der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in Kraft. Der Beschuldigte delinquierte in der Zeit von Ende April 2003 bis Juni 2003, mithin unter der Herrschaft des alten Rechts, weshalb er grundsätzlich nach diesem zu bestrafen wäre (Art. 2 Abs. 1 StGB). Eine Beurteilung nach dem heute geltenden Recht hat indessen dann zu erfolgen, wenn das neue Recht mil-

der ist als das im Zeitpunkt der Tatbegehung geltende Recht (lex mitior; Art. 2 Abs. 2 StGB).

1.2. Seit dem 1. Januar 2007 kann eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren ganz und eine solche von bis zu drei Jahren teilweise aufgeschoben werden (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 StGB). Bezüglich der Prognosebeurteilung für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges wird zudem nach neuem Recht nicht mehr das Vorliegen einer günstigen Prognose, sondern das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt, was in der Regel vermutet wird (Vermutungsumkehr zugunsten des Beschuldigten). Für den Beschuldigten erweist sich das neue Recht mit der Möglichkeit des teilbedingten Vollzuges der Freiheitsstrafe (Art. 42 ff. StGB) als das mildere Recht und kommt daher vorliegend zum Zug (Art. 2 Abs. 2 StGB). Gleiches gilt für die sich ebenfalls als milder erweisenden Regeln der Strafzumessung (Art. 47 ff. StGB).

2. Zu den theoretischen Grundsätzen der Strafzumessung, zum vorliegend massgeblichen Strafraumen sowie zum Vorleben des Beschuldigten kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 96 S. 45 ff.).

3. Die Anklägerin beantragt die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 33 Monaten. Die Verteidigung hingegen erachtet diese Strafe als deutlich zu hoch und macht für den Fall einer Verurteilung geltend, dass die Strafmilderungs- und Strafminderungsgründe von der Vorinstanz zu wenig berücksichtigt worden seien und das Verschulden ebenfalls nicht so schwer wiege, wie von der Vorinstanz dargestellt (Urk. 104 S. 20).

3.1. Die Verteidigung stellte sich sowohl gegenüber der Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren (Urk. 104 S. 20 f.) vorab auf den Standpunkt, der Beschuldigte habe die Tat unter schwerer Bedrängnis im Sinne von Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB begangen, da der Beschuldigte gar keine andere Wahl gehabt habe, als Notlügen zu erfinden, um nicht Gefahr zu laufen, dass sich sein damaliger Freund, der Privatkläger, von ihm abwenden würde. Diesen Ausführungen der Verteidigung kann nicht gefolgt werden. Auch die Vorinstanz hat das Vorliegen

einer notstandsähnlichen Situation, gemäss welcher es für den Beschuldigten nur noch das Verschweigen der Infektion als Ausweg gegeben habe, zu Recht verneint. So wäre es durchaus möglich gewesen, dass es auch im Falle einer Offenbarung der Ansteckung weiterhin bei geschütztem Verkehr geblieben wäre und der Beschuldigte keinerlei Nachteile zu gewärtigen gehabt hätte. Darauf weist im Übrigen auch der Umstand, dass der Privatkläger eine mehrjährige, intime Beziehung mit einem HIV-positiven Mann eingegangen war, obwohl dieser sich schon am ersten Tag ihrer Begegnung als HIV-positiv geoutet hatte. Selbst wenn aber eine notstandsähnliche Situation zu bejahen wäre, müsste zusätzlich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet und zwischen den Motiven des Täters sowie dem Wert des von diesem verletzten Rechtsguts abgewogen werden (BGE 107 IV 94). Im vorliegenden Fall ging es einerseits um das Bedürfnis des Beschuldigten nach ungeschütztem Sex, andererseits um die körperliche Integrität des Privatklägers. In dieser Konstellation ist offensichtlich, dass die Verhältnismässigkeit nicht (zu Lasten des wertmässig höher einzustufenden Rechtsgutes der körperlichen Integrität) bejaht werden kann. Dem Beschuldigten ist es damit verwehrt, sich auf schwere Bedrängnis im Sinne von Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB zu berufen.

3.2. Von der Verteidigung wird überdies ein Handeln unter grosser seelischer Belastung im Sinne von Art. 48 lit. c StGB geltend gemacht (Urk. 104 S. 21). Eine solche seelische Belastung muss entschuldbar sein, d.h. die Entstehung dieses Affekts muss menschlich begreiflich und verständlich erscheinen und darf nicht überwiegend oder ausschliesslich auf eigener Schuld des Täters beruhen. Vorliegend steht jedoch fest, dass es der Beschuldigte selber war, welcher den ungeschützten Verkehr mit dem Privatkläger vorschlug. Es kann deshalb offen bleiben, ob beim Beschuldigten eine grosse seelische Belastung vorlag, wäre diese doch durch den Beschuldigten selber verursacht bzw. zumindest überwiegend Folge des eigenen Verhaltens. Eine Anwendung von Art. 48 lit. c StGB kommt deshalb ebenfalls nicht in Frage.

3.3. Im Übrigen wird durch die Verteidigung der Strafmilderungsgrund des langen Zeitablaufs im Sinne von Art. 48 lit. e StGB angerufen, mit dem Hinweis,

dass seit der im Frühjahr 2003 begangenen Tat bereits rund acht Jahre verstrichen seien (Urk. 104 S. 22 f.). Diese lange Zeitspanne sei nicht auf ein Verhalten des Täters zurückzuführen, sondern vor allem durch den Umstand zu erklären, dass der Privatkläger erst im Jahre 2006 Strafanzeige erstattet habe. Zudem sei auch die Staatsanwaltschaft für den langen Verfahrensgang, welcher teilweise zusätzlich durch zwei Gutachten verzögert worden sei, verantwortlich.

Eine verhältnismässig lange Zeit im Sinne von Art. 48 lit. e StGB ist dann verstrichen, wenn zwei Drittel der Verfolgungsverjährungsfrist abgelaufen sind. Die Verjährungsfrist für die zu beurteilende schwere Körperverletzung beträgt gemäss Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB 15 Jahre. Der Täter muss sich in dieser Zeit gemäss Art. 48 lit. e StGB wohl verhalten haben, d.h. er darf sich nichts zu Schulden kommen lassen. Es sind dem Gericht keine Umstände bekannt, welche darauf schliessen lassen, dass sich der Beschuldigte seit der Tatbegehung der schweren Körperverletzung bzw. der Verbreitung menschlicher Krankheiten im Jahre 2003 nicht wohl verhalten hat. Allerdings sind seit der Tatbegehung die hier massgeblichen zehn Jahre noch nicht verstrichen, weshalb es an dieser zeitlichen Voraussetzung fehlt. Zudem ist zu bemerken, dass – wie auch seitens der Vorinstanz zutreffend festgestellt (vgl. Urk. 96 S. 47) – rund 9 Monate der Verfahrensdauer ausschliesslich auf das Aussageverhalten des Beschuldigten zurückzuführen sind. Eine Anwendung von Art. 48 lit. e StGB ist daher vorliegend nicht angezeigt.

4.1 Auch die übrige durch die Vorinstanz vorgenommene Strafzumessung erweist sich als richtig. Die Vorinstanz hat die massgeblichen belastenden und entlastenden Faktoren grundsätzlich richtig genannt und gewürdigt (Urk. 96 S. 48 ff.). In Bezug auf die weiteren, durch die Verteidigung geltend gemachten strafmindernden Umstände kann deshalb auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 96 S. 52 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachstehenden Ausführungen sind deshalb lediglich als Präzisierungen bzw. Ergänzungen zu verstehen.

4.2 Die Vorinstanz hat das Verschulden als insgesamt "beträchtlich" taxiert (Urk. 96 S. 48). Diese Einschätzung des Bezirksgerichts ist im Lichte der nachfolgenden Erwägungen nicht zu beanstanden, wobei das subjektive Verschulden das objektive deutlich überwiegt. Es ist noch einmal hervorzuheben, dass es sich bei dem HI-Virus letztlich um einen potentiell tödlichen Virus handelt, womit die Grenze zur Lebensgefahr überschritten wird, diese jedoch angesichts der medizinischen Fortschritte relativ gut unter Kontrolle zu halten ist. Der Beschuldigte hat diesen Virus auf den Privatkläger übertragen, was eine einschneidende - und mit hoher Wahrscheinlichkeit auch eine verkürzende - Wirkung auf das Leben des Privatklägers hat. Es mag für den Beschuldigten schwer gewesen sein, sich selber die im Jahre 2001 entdeckte Krankheit einzugestehen. Es ist dennoch nicht nachvollziehbar, wieso er den ungeschützten Verkehr mit dem Privatkläger suchte. Besonders schwer wiegt, dass der Täter die Tat in einer Beziehung beging und dabei das Vertrauen des Privatklägers krass missbraucht wurde. Der Privatkläger willigte in ungeschützten Verkehr ein, weil er der (zugegebenermassen gelogenen) Zusicherung des Beschuldigten vertraute und nicht etwa weil ihm eine Ansteckung egal gewesen wäre, wie dies die Verteidigung vor der Vorinstanz ausführte. Eine solche Auslegung findet im Sachverhalt nirgends eine Stütze. Der Privatkläger hatte nach einer längeren Beziehung in den 80er-Jahren, also während rund 20 Jahren vor der Bekanntschaft mit dem Beschuldigten, keinen ungeschützten Verkehr mehr. Es ist durchaus nachvollziehbar, wenn der Privatkläger deshalb vor und auch nach dem ungeschützten Verkehr gegenüber dem Beschuldigten sein Unwohlsein äusserte. Doch selbst dies führte beim Beschuldigten nicht zu einem Umdenken, sondern er setzte den Privatkläger über einen Zeitraum von ungefähr zwei Monaten bei mindestens 4, höchstens 9 weiteren Gelegenheiten dem Risiko einer Ansteckung aus. Das Verschulden des Täters ist somit insgesamt als erheblich zu qualifizieren.

5.1. Bei der Strafzumessung ist auch das Nachtatverhalten eines Täters mit zu berücksichtigen. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren (wie zum Beispiel Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit). Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten so-

wie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd, Uneinsichtigkeit ist dagegen strafferhöhend zu werten (vgl. dazu Trechsel/Affolter-Eijsten, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, a.a.O., N 22 ff. zu Art. 47 StGB sowie Wiprächtiger in BSK StGB I, N 129 ff. zu Art. 47 StGB).

5.2. Vorliegend ist dem Beschuldigten zu Gute zu halten, dass er sich von Anfang an grundsätzlich geständig zeigte, auch wenn er den eingeklagten Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt relativiert. So stellt er auch vor der Berufungsinstanz nach wie vor in Frage, dass er es gewesen sei, der den Privatkläger mit dem HI-Virus angesteckt habe. Der Beschuldigte war ansonsten weitgehend kooperativ und trug so zur Erleichterung des Verfahrens bei. Demgegenüber ist zu erwähnen, dass beim Beschuldigten eine tatsächliche Reue bzw. eine Einsicht in das Unrecht der Tat nicht erkennbar ist. Daran vermag auch seine Erklärung, es sei ein Fehler gewesen, den Privatkläger nicht über die HIV-Infektion zu informieren, nichts zu ändern. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu beachten, dass sich der Beschuldigte bis zum heutigen Tag nicht bei dem Privatkläger entschuldigt hat. Hingegen weist der Umstand, dass der Beschuldigte bei der ... als ... und ... von HIV-infizierten Personen mit einem Pensum von 50 % angestellt ist (Urk. 103 S. 3), darauf hin, dass sich dieser mit seiner Krankheit auseinandersetzt und im Rahmen seiner Tätigkeit hilft, Neuansteckungen zu verhindern. Dies ist dem Beschuldigten leicht strafmindernd anzurechnen.

5.3. Ebenfalls strafmindernd zu berücksichtigen ist die verhältnismässig lange Verfahrensdauer (Wiprächtiger, in: Basler Kommentar a.a.O., N 143 zu Art. 47 StGB; BGer 6S.467/2004 E. 2.2.2.4). Der Beschuldigte beging die Tat in der ersten Jahreshälfte 2003. Am 6. April 2006 erstattete der Privatkläger anlässlich einer gegen ihn geführten Untersuchung Anzeige gegen den Beschuldigten, weshalb bis zur ersten polizeilichen Einvernahme des Beschuldigten am 12. Mai 2006 rund drei Jahre vergingen. Danach verstrichen nochmals ca. zweieinhalb Jahre bis zur ersten Anklageerhebung am 1. Dezember 2009. Von der ersten Untersuchungshandlung bis zur heutigen Berufungsverhandlung sind somit knapp sechs Jahre vergangen. Es sind allerdings keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche darauf hinweisen würden, dass das Verfahren nicht mit der nötigen Beförderlichkeit

vorangetrieben wurde. Es gilt zu berücksichtigen, dass im vorliegenden Fall zwei virologische Gutachten notwendig waren, wovon insbesondere das erste aufgrund einer bisher in der Schweiz unbekanntem Variante des HI-Virus einen längeren Zeitraum beanspruchte (Urk. 3/6), und der vorliegende Fall teilweise internationale Bezüge aufweist. Richtigerweise nicht zu vertreten hat der Beschuldigte aber die von der Vorinstanz erwähnte längere Bearbeitungslücke des Zeitraumes vom 11. April 2007 und dem 25. August 2008. Dies ist zugunsten des Beschuldigten strafmindernd – leicht mehr als die Vorinstanz dies getan hat – zu berücksichtigen.

6. Unter Berücksichtigung des objektiv als etwas geringer als die Vorinstanz beurteilten Verschuldens sowie des leicht höher zu gewichtenden Strafmindeungsgrundes der langen Verfahrensdauer ist die von der Vorinstanz ausgesprochene Freiheitsstrafe von 33 Monaten geringfügig zu reduzieren und der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten zu verurteilen.

## **V. Strafvollzug**

1. Die Anklägerin stellt in der Anschlussberufung den Antrag, es sei die Freiheitsstrafe je hälftig im Umfang von 16 ½ Monaten zu vollziehen, bzw. unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufzuschieben (Urk. 101). Dagegen stellt die Verteidigung den Antrag, es sei dem Beschuldigten der bedingte Vollzug zu gewähren.

2. Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Da im vorliegenden Fall die ausgefallte Freiheitsstrafe 30 Monate beträgt, kommt ein bedingter Vollzug der Freiheitsstrafe, wie es die Verteidigung verlangt, nicht in Frage.

3.1 Gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise

aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Der zu vollziehende Teil muss erstens schuldangemessen sein und hat sich zweitens an der Prognose zu orientieren, welche in einem derartigen Wechselverhältnis zum Verschulden steht, dass das eine das andere kompensieren kann. Bei der Prognosestellung sind die Tatumstände, das Vorleben, der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen, zu berücksichtigen. Für die Einschätzung des Rückfallsrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich. Relevante Tatsachen sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdungen und so weiter. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides mit zu berücksichtigen (eingehend Schneider in BSK StGB I, Basel 2003, N 67 ff. zu Art. 41 aStGB mit zahlreichen Hinweisen; Urteil des Bundesgerichtes vom 6.1.2004, 6S.408/2003 und Schneider / Garré in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 43 zu Art. 42 StGB). Bei der Prüfung, ob der Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen.

3.2. Es liegen keine Gründe vor, welche es rechtfertigen würden, den unbedingt vollziehbaren Teil der Strafe auf 16 ½ Monate festzusetzen und damit die von Art. 43 Abs. 2 StGB aufgestellte Schranke vollständig auszureizen. Dem Beschuldigten ist ohne Weiteres eine günstige Legalprognose zu stellen. Er ist nicht vorbestraft und hat sich seit der Tatbegehung im Jahre 2003 wohl verhalten. Zudem ist er in der ... tätig und setzt sich so aktiv dafür ein, auch Fälle wie den nun zu beurteilenden zu verhindern. Er ist in ein stabiles Netzwerk eingebunden und geht einer regelmässigen Arbeit nach. Wie die Staatsanwaltschaft jedoch richtig geltend macht, ist auch dem als erheblich bewerteten Verschulden des Beschuldigten Rechnung zu tragen. Deshalb rechtfertigt es sich nicht, den zu vollziehenden Teil auf das Minimum von sechs Monaten festzusetzen, sondern erscheint eine verschuldensangemessene Festsetzung des zu vollziehenden Teils der Freiheitsstrafe auf 8 Monate als angemessen. Auch bei dieser Höhe ist der Vollzug in

Halbgefangenschaft im Sinne von Art. 77b StGB möglich, um der Gefahr eines Verlustes der Arbeitsstelle entgegen zu wirken.

4. Die Freiheitsstrafe ist somit im Umfang von 8 Monaten zu vollziehen. Im Übrigen (22 Monate) ist die Freiheitsstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufzuschieben.

## **VI. Zivilansprüche**

1. Wie schon unter der Herrschaft des bisherigen Rechts (§ 192 Abs. 1 StPO/ZH) kann die geschädigte Person auch nach der neuen StPO zivilrechtliche Ansprüche aus einer Straftat als Privatklägerin adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen (Art. 119 Abs. 1 lit. b und Art. 122 Abs. 1 StPO). Das mit der Strafsache befasste Gericht beurteilt den Zivilanspruch ungeachtet des Streitwerts (Art. 124 Abs. 1 StPO). Das Gericht entscheidet über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person: a) schuldig spricht; b) freispricht und der Sachverhalt spruchreif ist (Art. 126 Abs. 1 StPO). Die Zivilklage wird auf den Zivilweg verwiesen, wenn: a) das Strafverfahren eingestellt oder im Strafbehelfsverfahren erledigt wird; b) die Privatklägerschaft ihre Klage nicht hinreichend begründet oder beziffert hat; c) die Privatklägerschaft die Sicherheit für die Ansprüche der beschuldigten Person nicht leistet; d) die beschuldigte Person freigesprochen wird, der Sachverhalt aber nicht spruchreif ist (Art. 126 Abs. 2 StPO). Wäre die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig, so könnte das Gericht die Zivilklage nur dem Grundsatz nach entscheiden und sie im Übrigen auf den Zivilweg verweisen. Ansprüche von geringer Höhe beurteilt das Gericht nach Möglichkeit selbst (Art. 126 Abs. 3 StPO).

2.1. Die Vorinstanz stellte fest, dass der Beschuldigte aufgrund seiner Anerkennung dazu zu verpflichten ist, dem Privatkläger die angefallenen Medikationskosten in der Höhe von Fr. 6'000.– zu bezahlen. Da eine Abklärung des effektiven Schadenumfanges zu einer unzumutbaren Verzögerung der Verfahrenserle-

digung des Strafprozesses geführt hätte, stellte die Vorinstanz in Anwendung von Art. 126 Abs. 3 StPO eine Schadenersatzpflicht nur im Grundsatz fest. Im Mehrbetrag wurde der Privatkläger gemäss Art. 126 Abs. 2 lit. b StPO auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen.

2.2. Da die Verteidigung im Falle eines Schuldspruchs die Höhe der Schadenersatzforderung im Umfang von Fr. 6'000.– gemäss Ziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils auch im Berufungsverfahren anerkennt und die übrigen Erwägungen der Vorinstanz zur Frage des Schadenersatzes, insbesondere auch zur Liquidität des durch den Privatkläger geltend gemachten Schadens, zu Recht nicht beanstandet, ist die diesbezügliche Regelung (Urteilsdispositiv Ziffer 4) auch im Berufungsverfahren ohne weiteres zu bestätigen.

3.1. Die Vorinstanz verpflichtete den Beschuldigten ferner antragsgemäss zur Bezahlung einer Genugtuung in der Höhe von Fr. 50'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 30. Juni 2003.

3.2. Die Verteidigung bestreitet die Höhe der Genugtuung und macht auch zweitinstanzlich geltend, die Genugtuung sei weit überrissen, da die Lebensqualitätseinbusse nicht derart hoch sei, dass von grossen Nachteilen bis ans Lebensende ausgegangen werden müsse. Im Verhältnis zu Körperschäden wie zum Beispiel einem Beinverlust oder Lähmungen sei der verlangte Betrag von Fr. 50'000.– als Genugtuung übertrieben.

3.3. Hinsichtlich der theoretischen Grundlagen für die Zusprechung einer Genugtuung ist zur Vermeidung von Wiederholungen auf die ausführliche und zutreffende Darstellung durch die Vorinstanz zu verweisen (Urk. 96 S. 58 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.4. Entgegen der Ansicht der Verteidigung und in Übereinstimmung mit der Vorinstanz muss im Falle einer Ansteckung mit HIV von einer erheblichen Beeinträchtigung der Lebensqualität ausgegangen werden. Es gilt insbesondere zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte den Privatkläger mit einem potentiell tödlichen Virus infiziert hat. Der Verteidiger warf hierzu anlässlich der bezirksgerichtli-

chen Hauptverhandlung die Frage auf, ob es noch zeitgemäss sei, eine Ansteckung mit HIV als schwere Körperverletzung zu qualifizieren und stellte damit die auch jüngst wieder bestätigte Praxis des Bundesgerichts in Frage. Er führte als Begründung an, dass die wissenschaftlichen Erkenntnisse und die Medikation auf einem Stand seien, welche es erlauben würden, trotz HIV ein ganz normales Leben zu führen. Dies mag teilweise zutreffen, kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass gerade der Beschuldigte selbst sehr grosse Mühe bezeugte, mit der eigenen HIV-Ansteckung umzugehen (Prot. I S. 9). Er ging sogar soweit, sich selber über Jahre hinweg zu täuschen und sich einzureden, dass er gar nicht krank sei. Ferner gilt es zu beachten, dass die regelmässige, und letztlich lebenslange Einnahme der auch heute noch beträchtlichen Menge an Medikamenten eine geradezu eiserne Disziplin erfordert. Dies erinnert den Privatkläger nicht nur zeitlebens an seine HIV-Infektion, sondern ist auch mit sehr unangenehmen Nebenwirkungen verbunden. Zudem muss er damit rechnen, dass bei ihm früher oder später die Immunschwäche AIDS ausbrechen und zum Tode führen könnte. Die Gewissheit mit einer tödlich verlaufenden Krankheit infiziert zu sein, führt dazu, dass der Privatkläger für den Rest seines Lebens unter dem Damoklesschwert der Resistenzbildung und des darauf folgenden Ausbruchs der AIDS-Krankheit steht. Insgesamt erscheint die Höhe der Genugtuungssumme von Fr. 50'000.– als angemessen.

3.5. Die Zinsberechnung durch die Vorinstanz erweist sich als zutreffend und wurde zu Recht nicht gerügt.

4. Der Beschuldigte ist daher zu verpflichten, dem Privatkläger eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 50'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 30. Juni 2003 zu bezahlen.

## **VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1.1. Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Nach Art. 426 Abs. 3 StPO hat sie als Ausnahme von dieser Regel aber diejenigen Kosten nicht zu tragen, die der Bund o-

der der Kanton durch unnötige oder fehlerhafte Verfahrenshandlungen verursacht hat. Allerdings hat die verurteilte Person nur diejenigen Verfahrenskosten nicht zu tragen, die bei einer objektivierenden Betrachtungsweise schon ex tunc unnötig und fehlerhaft waren.

1.2. Entgegen der Ansicht der Verteidigung ergeben sich aufgrund der Akten keine Anhaltspunkte, wonach es sich bei der Erstellung des Zusatzgutachtens um eine unnötige oder gar fehlerhafte Untersuchungshandlung gehandelt hat. Es gilt zu beachten, dass es dabei nicht um eine Wiederholung des ganzen virologischen Gutachtens ging, sondern einzig und allein um eine zusätzliche Analyse einer Blutprobe und den Abgleich mit den bereits vorhandenen Samples des Beschuldigten sowie des Privatklägers, welche in genau gleicher Weise stattgefunden hätte, wäre die Probe von E.\_\_\_\_\_ auch schon beim ersten Gutachten vom 23. Februar 2009 miteinbezogen worden. Es liegt somit kein Fall von Art. 426 Abs. 3 StPO vor. Eine von der Vorinstanz abweichende Kostenaufgabe ist daher nicht angezeigt.

2.1 Die durch die Vorinstanz beschlossene Prozessentschädigung zugunsten des Privatklägers wird von der Verteidigung für den Fall einer Verurteilung im Umfang von Fr. 4'000.– anerkannt, im darüber hinausgehenden Betrag von Fr. 4'833.– aber bestritten. Allerdings sind keine Gründe ersichtlich, um von den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen, auf die hier vorbehaltlos verwiesen werden kann (vgl. Urk. 96 S. 63 und 64; Art. 82 Abs. 4 StPO), abzuweichen, zumal letztlich auch die Verteidigung es unterliess, substantiiert darzutun, weshalb sich eine solche Abweichung rechtfertigen würde.

2.2 In seiner Berufungserklärung anerkannte der Verteidiger für den Fall einer Verurteilung die Entschädigung an den Beschuldigten gemäss Ziffer 9 des vorinstanzlichen Urteils ausdrücklich (Urk. 97 S. 3). Anlässlich der Berufungsverhandlung machte er jedoch geltend, es handle sich dabei um ein Versehen, er verlange Fr. 8'000.–, wie er dies bereits vor Vorinstanz getan hatte (Urk. 104 S. 29). Die Ausführungen in der Berufungserklärung, welche Teile des Urteils angefochten werden, sind verbindlich (Art. 399 Abs. 4 StPO), eine nachträgliche

Ausweitung der Berufung ist somit nicht mehr möglich. Demgemäss ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (vgl. Ziffern 6-9) zu bestätigen.

3.1. Was die zweitinstanzlichen Kosten betrifft, erfolgt die Auflage der Kosten und die Zusprechung einer Entschädigung im Berufungsverfahren gemäss Art. 428 StPO und Art. 436 StPO i.V.m. Art. 433 StPO in der Regel im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Verfahrensbeteiligten.

3.2. Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen. Die leichte Reduktion der Strafe ist auf einen wohlwollenden Ermessensentscheid des Gerichts zurückzuführen, jedoch wurde zu seinen Lasten der zu vollziehende Teil der Strafe erhöht. Die Staatsanwaltschaft unterliegt mit ihrem Antrag, den vollziehbaren Teil der Strafe auf die Hälfte festzusetzen. Somit rechtfertigt es sich, die Kosten zu vier Fünfteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Fünftel auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.– anzusetzen.

3.3 Die Privatklägerschaft hat gegenüber der beschuldigten Person grundsätzlich auch im Rechtsmittelverfahren Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für notwendige Aufwendungen im Verfahren, wenn a) sie obsiegt oder b) die beschuldigte Person nach Art. 426 Abs. 2 kostenpflichtig ist (Art. 436 StPO i.V.m. Art. 433 Abs. 1 StPO). Die Privatklägerschaft hat ihre Entschädigungsforderung bei der Strafbehörde zu beantragen, zu beziffern und zu belegen. Kommt sie dieser Pflicht nicht nach, so tritt die Strafbehörde auf den Antrag nicht ein (Art. 433 Abs. 2 StPO). Nachdem der Privatkläger vorliegend vollständig obsiegt, hat er Anspruch auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 433 StPO. Gegenteiliges liess auch der Beschuldigte nicht ausführen.

Der Anspruch beschränkt sich gemäss klarem Gesetzeswortlaut auf "notwendige Aufwendungen im Verfahren" (Art. 433 Abs. 1 StPO). Darunter fallen in erster Linie die Anwaltskosten, soweit diese durch die Beteiligung am Strafverfahren selbst verursacht wurden und für die Wahrung der Interessen der Privatklägerschaft notwendig waren (vgl. Schmid, Praxiskommentar StPO, N. 3 zu Art. 433 StPO). Der Rechtsvertreter des Privatklägers verlangt unter Beachtung von

Art. 433 Abs. 2 StPO die Zusprechung einer Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– (Prot. II S. 8).

Für die dem Privatkläger aus dem Berufungsverfahren erwachsenden Kosten und Umtriebe erscheint die verlangte Prozessentschädigung als angemessen. Der Beschuldigte ist daher zu verpflichten, dem Privatkläger für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

### **Das Gericht erkennt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB sowie
  - des Verbreitens menschlicher Krankheiten im Sinne von Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 30 Monaten Freiheitsstrafe.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 22 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (8 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger aus dem eingeklagten Sachverhalt dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist.

Der Beschuldigte wird gemäss seiner Anerkennung verpflichtet, dem Privatkläger Fr. 6'000.– als Ersatz für bisher angefallene Gesundheitskosten zu bezahlen.

Im darüber hinausgehenden Betrag wird der Privatkläger zur Feststellung des Umfanges des Schadenersatzanspruches auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger Fr. 50'000.– zuzüglich 5 % Zins ab dem 30. Juni 2003 als Genugtuung zu bezahlen.
6. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 6-9) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–. Über die weiteren Kosten stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu vier Fünfteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Fünftel auf die Gerichtskasse genommen.
9. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.

10. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (übergeben)
- Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ im Doppel für sich und den Privatkläger (übergeben)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
- Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ im Doppel für sich und den Privatkläger die Bundesanwaltschaft
- das Bundesamt für Gesundheit BAG, 3003 Bern

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

11. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 3. April 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Aardoom