

6S.358/2003 /pai

Sitzung vom 27. Oktober 2004  
Kassationshof

Bundesrichter Schneider, Präsident,  
Bundesrichter Wiprächtiger, Kolly, Karlen, Zünd,  
Gerichtsschreiber Näf.

X. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Valentin Landmann,

gegen

1. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich,  
2. A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Andrea Stumm.

Untauglicher Versuch der schweren Körperverletzung (Art. 122 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 StGB), untauglicher Versuch des Verbreitens menschlicher Krankheiten (Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 StGB); Eventualvorsatz; Einwilligung der Geschädigten; Anordnung einer stationären Massnahme (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 23. Juni 2003.

Sachverhalt:

A.  
Das Obergericht des Kantons Zürich sprach X. \_\_\_\_\_ am 23. Juni 2003 der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 3 StGB i.V.m. Art. 23 Abs. 1 StGB und des versuchten Verbreitens menschlicher Krankheiten im Sinne von Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 23 Abs. 1 StGB schuldig und bestrafte ihn deswegen mit 15 Monaten Gefängnis, unter Anrechnung von 327 Tagen Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Das Gericht ordnete eine stationäre Behandlung des Verurteilten gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB an und schob zu diesem Zweck den Vollzug der Freiheitsstrafe gestützt auf Art. 43 Ziff. 2 Abs. 1 StGB auf.

X. \_\_\_\_\_ wird vorgeworfen, er habe in der Nacht vom 31. Juli auf den 1. August 2002 mit seiner ehemaligen Freundin A. \_\_\_\_\_, die er zufälligerweise in Zürich auf der Gasse getroffen habe, nach dem gemeinsamen Konsum von Kokain ungeschützt den Geschlechtsverkehr vollzogen. Er habe dies getan, obschon er damals der festen Überzeugung gewesen sei, dass er HIV-positiv sei, was er übrigens einige Wochen zuvor A. \_\_\_\_\_ mitgeteilt habe. Er habe in Kauf genommen, durch den ungeschützten Geschlechtsverkehr das HI-Virus auf A. \_\_\_\_\_ zu übertragen und diese damit anzustecken. Später habe sich herausgestellt, dass X. \_\_\_\_\_ in Tat und Wahrheit nicht HIV-positiv und daher eine Ansteckung nicht möglich war.

B.

X. \_\_\_\_\_ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei gesamthaft, eventuell einzig in Bezug auf die Anordnung einer stationären Massnahme, aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

C.

Das Obergericht hat auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet.

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Die Bundesanwaltschaft hat sich nicht vernehmen lassen.

D.

Auf die von X. \_\_\_\_\_ gegen das Urteil des Obergerichts eingereichte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde trat das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 11. Februar 2004 nicht ein.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Gegen den Beschwerdeführer wurde auf die Strafanzeige der Geschädigten hin zunächst eine Strafuntersuchung wegen des Verdachts der Vergewaltigung eröffnet. Diese Untersuchung wurde mit Verfügung vom 25. März 2003 eingestellt. Gleichentags wurde gegen den Beschwerdeführer Anklage wegen untauglichen Versuchs der schweren Körperverletzung und des Verbreitens menschlicher Krankheiten erhoben. Diese Vorwürfe hat der Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren und auch vor der Vorinstanz, die als erste Instanz urteilte, sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht anerkannt. Gleichwohl hat sich die Vorinstanz im angefochtenen Urteil eingehend mit der rechtlichen Qualifikation des inkriminierten Verhaltens in allen Einzelheiten von Amtes wegen befasst. Daher sind die in der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde erstmals erhobenen bundesrechtlichen Einwände gegen eine Verurteilung zulässig (siehe [BGE 122 IV 285](#) E. 1; [120 IV 98](#) E. 2, je mit Hinweisen).

2.

Die Vorinstanz hat unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ([BGE 125 IV 242](#)), auf kantonale Entscheide und auf Meinungsäusserungen in der Lehre erwogen, dass eine HIV-infizierte Person, die durch ungeschützten Geschlechtsverkehr das HI-Virus auf eine andere Person überträgt, dadurch die objektiven Tatbestände des Verbreitens menschlicher Krankheiten (Art. 231 [StGB](#)) und der schweren Körperverletzung (Art. [122 StGB](#)) erfüllt (angefochtenes Urteil S. 10 ff., 19 ff.), die idealiter miteinander konkurrieren (angefochtenes Urteil S. 28). Wenn der Täter, wie im vorliegenden Fall, entgegen seiner subjektiven Überzeugung in Tat und Wahrheit nicht HIV-positiv ist, so ist er gemäss den weiteren Erwägungen der Vorinstanz bei Vorliegen des Eventualvorsatzes wegen untauglichen Versuchs (Art. 23 Abs. 1 [StGB](#)) der schweren Körperverletzung und des Verbreitens

menschlicher Krankheiten zu verurteilen (angefochtener Entscheid S. 18, 28).

Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass diese Erkenntnisse der Vorinstanz eidgenössisches Recht verletzen. Der Kassationshof hat daher keinen Anlass, sich im vorliegenden Verfahren damit zu befassen. Im Übrigen hat er in BGE 6S.176/2004 vom 27. Oktober 2004 (E. 1 und E. 4) in Bestätigung der Rechtsprechung erkannt, dass die Übertragung des HI-Virus durch ungeschützten Sexualkontakt die objektiven Tatbestände der lebensgefährlichen schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB und des Verbreitens menschlicher Krankheiten gemäss Art. 231 StGB erfüllt.

3.

Der Beschwerdeführer macht geltend, Eventualvorsatz in Bezug auf die Infizierung des Partners könne nicht schon bei einem einzigen ungeschützten Geschlechtsverkehr, sondern erst bei einer Mehrzahl von ungeschützten Sexualakten mit demselben Partner angenommen werden. Diese Voraussetzung sei vorliegend nicht erfüllt (Nichtigkeitsbeschwerde S. 7/8).

3.1 Eventualvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein ([BGE 130 IV 58](#) E. 8.2; [125 IV 242](#) E. 3c; [121 IV 249](#) E. 3a; [103 IV 65](#) E. 2). Eventualvorsatz kann unter anderem angenommen werden, wenn sich dem Täter der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs infolge seines Verhaltens als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme dieses Erfolgs gewertet werden kann ([BGE 109 IV 137](#) E. 2b mit Hinweisen). Eventualvorsatz kann indessen auch vorliegen, wenn der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolges bloss möglich ist, ja selbst dann, wenn sich diese Möglichkeit, statistisch gesehen, nur relativ selten verwirklicht. Doch darf nicht allein aus dem Wissen des Beschuldigten um die Möglichkeit des Erfolgseintritts auf dessen Inkaufnahme und damit auf Eventualvorsatz geschlossen werden. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen. Solche Umstände hat das Bundesgericht in [BGE 125 IV 242](#) E. 3 darin gesehen, dass jeder einzelne ungeschützte Sexualkontakt und schon ein einziger und der erste das Risiko einer Übertragung des HI-Virus in sich birgt, dass der Infizierte dieses ihm bekannte Risiko in keiner Weise kalkulieren und dosieren kann und dass sein Partner keinerlei Abwehrchancen hat (E. 3f.). Das Bundesgericht hat zudem ausgeführt, der Beschwerdeführer in jenem Verfahren habe bei jedem einzelnen ungeschützten Sexualkontakt in grober Verletzung der sich aus seinem Wissen ergebenden Aufklärungspflicht aus eigennützigem Interesse die nicht informierten Sexualpartnerinnen dem inakzeptablen, unberechenbaren und nicht beeinflussbaren Risiko einer Übertragung des HI-Virus und den sich daraus ergebenden, ihm bekannten Gefahren für die Gesundheit und das Leben ausgesetzt. Damit habe er den tatbestandsmässigen Erfolg für den Fall seines Eintritts bei jedem einzelnen Sexualkontakt in Kauf genommen (E. 3g).

Diese Rechtsprechung wird von einem erheblichen Teil der Lehre im Wesentlichen unter Hinweis auf die statistisch gesehen geringe Wahrscheinlichkeit der Übertragung des HI-Virus durch ungeschützte

Sexualkontakte mit verschiedenen Argumenten abgelehnt (siehe z.B. Guido Jenny, Basler Kommentar, **StGB** I, 2003, Art. 18 N 49; derselbe, ZBJV 136/2000 S. 641 ff.; Hans Vest, Vorsatz bezüglich der Übertragung des HI-Virus durch ungeschützte heterosexuelle Sexualkontakte, AJP 2000, S. 1168 ff.; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 5. Aufl. 2000, § 31 N 6; derselbe, [Deutsches] Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2000, § 8 N 126; wohl auch Fridolin Beglinger, Basler Kommentar, **StGB** II, 2003, Art. 231 N 45).

An der Rechtsprechung ist trotz dieser Kritik festzuhalten. Das Bundesgericht hat in seinen Erwägungen zum Eventualvorsatz in **BGE 125 IV 242** E. 3c-h am Rande darauf hingewiesen, dass die Infektionswahrscheinlichkeit durch ungeschützte Sexualkontakte statistisch gesehen allerdings gering sei und sich im Promille-Bereich bewege; nur ein ungeschützter Geschlechtsverkehr von ca. 300 sei infektiös (E. 3f). Das Bundesgericht hat sich mit dieser Frage der statistischen Wahrscheinlichkeit nicht näher auseinander gesetzt und beispielsweise auch nicht geprüft, ob sich der Beschuldigte in jenem Verfahren überhaupt Gedanken zur Frage der statistischen Infektionswahrscheinlichkeit gemacht habe und gegebenenfalls welche. Zu diesbezüglichen Erörterungen besteht bei der gegebenen Begründung des Eventualvorsatzes nach wie vor keine Veranlassung. Wer im Wissen um seine **HIV**-Infektion und in Kenntnis der Übertragungsmöglichkeiten den Partner nicht über die Infektion aufklärt und gleichwohl mit ihm ungeschützt sexuell verkehrt, obschon sowohl die Aufklärung als auch Schutzvorkehrungen ein einfaches wären, bekundet eine Gleichgültigkeit gegenüber der bei jedem einzelnen ungeschützten Sexualkontakt möglichen Infizierung des Partners in einem Ausmass, das den Schluss auf Inkaufnahme der Infizierung aufdrängt, mag ihm diese auch unerwünscht sein. Er nimmt nicht nur das Risiko als solches, sondern auch die bei jedem einzelnen ungeschützten Sexualkontakt mögliche Verwirklichung dieses Risikos in Kauf. Denn er kann unmöglich wissen, ob nicht gerade der eine ungeschützte Sexualkontakt den Partner infiziert, und er muss daher das Risiko der Tatbestandsverwirklichung in jedem einzelnen Fall ernst nehmen.

3.2 Ergänzend ist festzuhalten, dass die in **BGE 125 IV 242** erwähnte statistische Infektionswahrscheinlichkeit von 0,3 % eine mittlere Übertragungswahrscheinlichkeit je Sexualkontakt bei Vaginalverkehr in einer länger dauernden Partnerschaft darstellt. Nach neueren Erkenntnissen ist indessen die Wahrscheinlichkeit der Übertragung bei den ersten Sexualkontakten höher, während sie später sinkt, möglicherweise zurückzuführen auf eine zelluläre Immunantwort. So zeigten Studien über sich prostituierende Frauen in Kenya und in Thailand eine Übertragungsrate auf Freier beim ersten Sexualkontakt von 2 - 8 % (siehe zum Ganzen Beglinger, a.a.O., Art. 231 **StGB** N 23 mit Hinweis u.a. auf Pietro Vernazza et al., Sexual transmission of **HIV**: infectiousness and prevention, in AIDS 1999, Vol. 13, S. 157). Zudem ergab eine retrospektive Erhebung, dass bei künstlicher Befruchtung mit Samen, die sich nachträglich als kontaminiert erwiesen, 3,5 % der Frauen angesteckt wurden (siehe Vernazza, a.a.O., S. 156 f.). Dies also unter gleichsam klinischen Bedingungen und bei Fehlen von Faktoren, die beim Geschlechtsverkehr hinzukommen und die Infektiosität erhöhen können. Die Übertragungswahrscheinlichkeit scheint mithin stark von

verschiedenen Faktoren abzuhängen, so namentlich von der Infektiosität des den Virus übertragenden Partners und der Anfälligkeit beim anderen, aber auch von den Sexualpraktiken (Vernazza et al., Biological correlates of sexual transmission of HIV, in Reviews in medical microbiology 2001, S. 131 ff.).

4.

4.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, Vorsatz sei auch deshalb zu verneinen, weil er die inkriminierte Tat unter Drogeneinfluss begangen habe. Die Vorinstanz habe denn auch eine mittelgradige Verminderung seiner Zurechnungsfähigkeit angenommen. Sie habe aber verkannt, dass dieser Befund ebenfalls Auswirkungen auf den Vorsatz habe. Infolge der Wirkungen des unmittelbar vor dem Geschlechtsverkehr gemeinsam mit der Geschädigten konsumierten Kokains seien er und die Geschädigte "bis auf weiteres in eine Welt umgesiedelt, in welcher Dinge wie HIV, Präservative, die Unterscheidung zwischen geschütztem und anderem Geschlechtsverkehr zwar noch existieren mögen, aber bedeutungslos sind" (Beschwerde S. 10). Auch wenn man mit der Vorinstanz von einer bloss mittelgradigen Verminderung der Zurechnungsfähigkeit ausgehe, hätten die spezifischen Wirkungen des Kokains es ihm verunmöglicht, mit Eventualvorsatz zu handeln (Beschwerde S. 11). Die Wirkung des Kokains habe bei ihm (wie auch bei der Geschädigten) das Vertrauen auf das Glück haben verstärkt und ihm die trügerische Gewissheit gegeben, dass alles gut gehen werde (Beschwerde S. 12). Er habe den Wortlaut und den Schutzgedanken von Art. 231 StGB beziehungsweise diese Norm überhaupt nicht gekannt (S. 12). Daher liege höchstens grobe Fahrlässigkeit vor (Beschwerde S. 13).

4.2

4.2.1 Die Vorinstanz hält in ihren Erwägungen zu Art. 231 StGB fest, vorliegend sei vom Beschwerdeführer "anerkannt und rechtsgenügend erstellt, dass er beim ungeschützten Sexualkontakt mit A. \_\_\_\_\_ vermeintlich um seine HIV-Positivität, die Übertragbarkeit des Virus sowie die Möglichkeit, das Virus durch ungeschützten Geschlechtsverkehr zu übertragen, wusste" (angefochtenes Urteil S. 13 unten). Sie führt unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus, der Beschwerdeführer habe "den tatbestandsmässigen Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf genommen" (angefochtenes Urteil S. 16 unten). In den Erwägungen zu Art. 122 StGB hält die Vorinstanz fest, der Beschwerdeführer habe gewusst, "welche Auswirkungen das HI-Virus in physischer und psychischer Hinsicht auf eine infizierte Person zeitigt" (angefochtenes Urteil S. 27). Der Beschwerdeführer habe durch den ungeschützten Geschlechtsverkehr den subjektiven Tatbestand von Art. 231 und Art. 122 StGB erfüllt (angefochtenes Urteil S. 16, 27).

Die Vorinstanz hat sich in ihren Erwägungen zur Vorsatzfrage nicht ausdrücklich mit der ihr bekannten Tatsache befasst, dass der Beschwerdeführer unmittelbar vor der inkriminierten Tat Kokain konsumiert hatte. Sie hat sich nicht zur Frage geäußert, ob und inwiefern die allfällige Wirkung des vorgängigen Drogenkonsums einen Einfluss auf das Wissen und Wollen beziehungsweise das Inkaufnehmen des tatbestandsmässigen Erfolgs gehabt habe.

4.2.2 Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat dies in seinem Entscheid vom 11. Februar 2004 in dem Sinne verstanden, dass die Vorinstanz "offenbar" davon ausgegangen sei, eine mögliche Beeinträchtigung des Beschwerdeführers infolge des vorgängigen Drogenkonsums sei nicht im Zusammenhang mit der Tatbestandsmässigkeit, sondern allenfalls mit der Schuldfähigkeit zu prüfen. Entsprechend habe die Vorinstanz festgehalten, die gutachterlich festgestellte verminderte Zurechnungsfähigkeit des Beschwerdeführers stelle keinen Schuldausschluss-, sondern einen Schuldmilderungsgrund dar, was bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sei. Ob die von der Vorinstanz vertretene Auffassung in Bezug auf die Frage, welche Tatsachen bei der Beurteilung des Eventualvorsatzes von Bedeutung seien, zutrifft, ist nach der Ansicht des Kassationsgerichts im Rahmen der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde vorzubringen, was der Beschwerdeführer auch getan habe. Das Kassationsgericht ist aus diesen Gründen auf die diesbezüglichen Rügen des Beschwerdeführers in der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten (siehe zum Ganzen Beschluss des Kassationsgerichts vom 11. Februar 2004, E. 3d S. 7).

Ob diese Betrachtungsweise des Kassationsgerichts zutrifft, kann dahingestellt bleiben.

#### 4.3

4.3.1 Der Beschwerdeführer hat im kantonalen Verfahren den ihm zur Last gelegten Sachverhalt anerkannt. Er hat damit auch anerkannt, dass ihm das Risiko einer Übertragung des HI-Virus durch ungeschützten Geschlechtsverkehr im Zeitpunkt der Tat bekannt war. Mit seiner (impliziten) Behauptung, dass er infolge des vorgängigen Kokainkonsums an die Risiken nicht gedacht habe, bringt er im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde eine neue Tatsache vor, was unzulässig ist (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP).

4.3.2 Der Täter handelt im Übrigen schon dann im Sinne von Art. 18 Abs. 2 **StGB** mit Wissen, wenn ihm die wesentlichen Umstände im Sinne eines Begleitwissens mitbewusst sind ([BGE 125 IV 242](#) E. 3e mit Hinweis; Jenny, a.a.O., Art. 18 N 22, mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer macht nicht substantiiert geltend, inwiefern ihm infolge des vorgängigen Kokainkonsums ein solches Wissen betreffend das Risiko der **HIV**-Übertragung bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr gefehlt habe. Die Hoffnung des Beschwerdeführers, dass schon nichts passieren werde, steht der Annahme von Eventualvorsatz nicht entgegen (siehe [BGE 125 IV 242](#) E. 3f ). Dass diese Hoffnung angeblich infolge des vorgängigen Kokainkonsums besonders ausgeprägt war, ist insoweit unerheblich.

4.3.3 Dass für den Beschwerdeführer Dinge wie **HIV**, Präservative etc. nach dem Kokainkonsum angeblich bedeutungslos waren, betrifft nicht den Vorsatz, sondern die Zurechnungsfähigkeit. Die Vorinstanz hält unter Berufung auf das psychiatrische Gutachten der Kantonalen Psychiatrischen Klinik Rheinau vom 19. Februar 2003 (kant. Akten act. 16/7) fest, der Beschwerdeführer sei zwar uneingeschränkt fähig gewesen, das Unrecht der Tat einzusehen, doch sei seine Fähigkeit, entsprechend dieser Einsicht zu handeln, "durch psychische Störungen, insbesondere durch die Persönlichkeitsstörung und den zum Tatzeitpunkt erheblichen Kokain- und Alkoholkonsum, herabgesetzt gewesen"

(angefochtenes Urteil S. 29). Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer mit dem Gutachter eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit (Art. 11 **StGB**) in mittlerem Grade zugebilligt (angefochtenes Urteil S. 29). Die Verminderung der Zurechnungsfähigkeit berührt als solche die Frage des Vorsatzes entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht. Selbst der Zurechnungsunfähige (Art. 10 **StGB**) kann mit Vorsatz im Rechtssinne handeln (siehe [BGE 115 IV 221](#) E. 1).

4.3.4 Unerheblich ist schliesslich, dass der Beschwerdeführer den Inhalt und den Schutzgedanken von Art. 231 **StGB** betreffend das Verbreiten menschlicher Krankheiten nicht kannte. Diese Unkenntnis berührt den Vorsatz nicht, und sie begründet entgegen der Andeutung des Beschwerdeführers keinen Rechtsirrtum im Sinne von Art. 20 **StGB**. Der Beschwerdeführer hatte offensichtlich keine zureichenden Gründe zur Annahme, er sei zur inkriminierten Tat berechtigt.

5.

5.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe einige Monate vor der inkriminierten Tat der Geschädigten anlässlich einer zufälligen Begegnung auf der Gasse mitgeteilt, dass er **HIV**-positiv sei. Die Geschädigte habe somit im Zeitpunkt der inkriminierten Tat Kenntnis von seiner **HIV**-Infektion gehabt. Sie habe gleichwohl gegen den ungeschützten Geschlechtsverkehr nicht opponiert und sei demnach damit einverstanden gewesen. Die ihm zur Last gelegte Tat sei daher infolge Einwilligung der Geschädigten gerechtfertigt. Wohl habe die Geschädigte nicht in eine schwere Körperverletzung eingewilligt, was ohnehin unbeachtlich wäre. Sie habe lediglich, aber immerhin das statistisch geringe, wenn auch nicht bedeutungslose Risiko einer gesundheitlichen Schädigung akzeptiert. Die Einwilligung der Geschädigten in den ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einer **HIV**-positiven Person in Kenntnis der Infektion und des Ansteckungsrisikos sei eine gültige Einwilligung in ein riskantes Verhalten und rechtfertige die Tat, und zwar sowohl die (versuchte) schwere Körperverletzung wie auch das (versuchte) Verbreiten menschlicher Krankheiten. Der Beschwerdeführer beruft sich in diesem Zusammenhang auf eine Meinungsäusserung in der Lehre (Trechsel, Kurzkommentar, 2. Aufl. 1997, Art. 231 N 14). Er verweist zudem auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Einwilligung in das Risiko von Verletzungen im Sport (siehe [BGE 109 IV 102](#); [121 IV 256](#)).

5.2 Der ungeschützte Sexualkontakt einer **HIV**-infizierten Person mit einem freiverantwortlich handelnden, informierten Partner ist in Bezug auf Art. 122 **StGB** grundsätzlich als straflose Mitwirkung an fremder Selbstgefährdung zu qualifizieren, solange beide Beteiligte die Herrschaft über das Geschehen haben und somit der nicht infizierte Partner es jederzeit in der Hand hat, den Sexualkontakt abubrechen oder auf der Verwendung eines Kondoms zu beharren (siehe BGE 6S.176/2004 vom 27. Oktober 2004, E. 3).

5.3 Die Vorinstanz hält in ihren Erwägungen zur Verurteilung des Beschwerdeführers wegen versuchten Verbreitens menschlicher Krankheiten am Rande fest, dieser habe gemäss seiner Darstellung der Geschädigten mehrere Monate vor dem inkriminierten Geschlechtsverkehr mitgeteilt, dass er **HIV**-positiv sei. Unmittelbar vor dem Geschlechtsverkehr sei dies kein Thema gewesen. Als er die Geschädigte teilweise entkleidet habe, habe sie nichts gesagt und sich nicht gewehrt. Sie habe den Geschlechtsverkehr schon

mitbekommen, aber - wie auch er selbst - (infolge des vorgängigen gemeinsamen Betäubungsmittelkonsums, siehe angefochtenes Urteil S. 2 ff.) "eine Scheibe gehabt". Die Vorinstanz kommt unter Hinweis auf diese Umstände und auf das Ergebnis der amtsärztlichen Untersuchung, wonach die Geschädigte unter Drogeneinfluss gestanden sei, zum Schluss, es "könnte also nicht davon ausgegangen werden, die Geschädigte habe sich genügend Rechenschaft über das Risiko ablegen können und bewusst in eine mögliche Ansteckung einwilligen wollen" (angefochtenes Urteil S. 17/18). Diese Feststellungen der Vorinstanz sind tatsächlicher Natur und daher für den Kassationshof im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde verbindlich (Art. 277bis BStP).

Die Geschädigte hat mithin dem ungeschütztem Geschlechtsverkehr nicht in klarer Kenntnis der Umstände und der damit verbundenen Risiken einer HIV-Übertragung freiverantwortlich zugestimmt und keine hinreichende Herrschaft über das Geschehen gehabt.

Der Beschwerdeführer geht denn auch selber offenbar davon aus, dass nur eine "vollwertige" Einwilligung der Geschädigten sein Verhalten rechtfertigen könnte und die Zustimmung der Geschädigten angesichts ihres damaligen Zustands entwertet gewesen sei (siehe Nichtigkeitsbeschwerde S. 6 unten, S. 8 unten).

6.

Erfordert der Geisteszustand des Täters, der eine vom Gesetz mit Zuchthaus oder Gefängnis bedrohte Tat begangen hat, die damit im Zusammenhang steht, ärztliche Behandlung oder besondere Pflege und ist anzunehmen, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer mit Strafe bedrohter Taten verhindern oder vermindern, so kann der Richter Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt anordnen. Er kann ambulante Behandlung anordnen, sofern der Täter für Dritte nicht gefährlich ist (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).

6.1 Die Vorinstanz hat in Anwendung dieser Bestimmung dem Vorschlag des psychiatrischen Gutachters folgend eine stationäre Massnahme angeordnet. Der Beschwerdeführer macht geltend, dies verstosse gegen Bundesrecht, weil er nicht behandlungswillig und damit ein Erfordernis für die Anordnung einer solchen Massnahme nicht erfüllt sei.

6.2 Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit oder Zweckmässigkeit einer Massnahme geht es unter anderem auch um die Frage, ob im konkreten Fall überhaupt erwartet werden kann, die Störung des Betroffenen tatsächlich heilen zu können. Dazu gehört ein Mindestmass an Kooperationsbereitschaft des Betroffenen. Mit dieser Formulierung wird einerseits die Auffassung, dass beim Täter die Motivation für eine Behandlung von Anfang an klar vorhanden sein sollte, relativiert. Andererseits darf ein Minimum an Willen erwartet werden, sich einer Therapie zu unterziehen und diese nicht von vornherein kategorisch abzulehnen (BGE 6S.487/1995 vom 15. September 1995; BGE 6S.69/2002 vom 7. Mai 2002; BGE 6S.248/2003 vom 14. August 2003, je mit Hinweisen).

6.2.1 Gemäss den Ausführungen im psychiatrischen Gutachten vom 19. Februar 2003 erklärte sich der Beschwerdeführer dazu bereit, sich einer stationären



psychiatrischen Behandlung im Sinne einer stationären Massnahme zu unterziehen, und habe er sich diesbezüglich ausreichend motiviert und "compliant" gezeigt (kant. Akten act. 16/7 S. 59). Als sich in der Folge abzeichnete, dass das Verfahren wegen Vergewaltigung eingestellt werde, fiel die Bereitschaft des Beschwerdeführers zu einer stationären Massnahme dahin, weil er davon ausgehen konnte, dass er die noch zu erwartende Freiheitsstrafe durch die anzurechnende Untersuchungshaft grösstenteils verbüsst habe, und er zudem der Meinung war, dass seine Suchtprobleme nach der Untersuchungshaft nicht mehr in der früheren Form bestanden (siehe Haftentlassungsgesuch vom 10. März 2003, kant. Akten act. 13/23/2 S. 3). An der Obergerichtsverhandlung vom 23. Juni 2003 brachte der Beschwerdeführer zum Ausdruck, dass er nach rund einjähriger Untersuchungshaft keine Alkohol- und Drogenprobleme mehr habe. Daher brauche und wolle er keine stationäre Massnahme. Vielleicht könne er nach seiner Haftentlassung einmal pro Woche zu einem Gespräch gehen (Protokoll der Obergerichtsverhandlung, kant. Akten. act. 32A S. 11 f.).

Die Vorinstanz hält unter Hinweis auf diese Umstände fest, dass der Beschwerdeführer, der zunächst massnahmewillig gewesen sei, sich im Zeitpunkt des Urteils nicht mehr massnahmewillig zeige (angefochtener Entscheid S. 46 f.). Sie geht davon aus, dass beim Beschwerdeführer gleichwohl das geforderte Mindestmass an Kooperationsbereitschaft im Grundsatz vorhanden sei (angefochtenes Urteil S. 48 f.).

6.2.2 Der mehrfach vorbestrafte Beschwerdeführer (siehe dazu angefochtenes Urteil S. 32 ff.) hat gemäss den Ausführungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit früheren Strafverfahren und Begutachtungen verschiedentlich seine Massnahmewilligkeit bekundet (siehe z.B. Antabuskur im Jahre 1984, kant. Akten act. 16/8a S. 6; Bemühungen um Aufnahme in die Suchtabteilung der Kantonalen Psychiatrischen Klinik Wil im Jahre 1990, kant. Akten act. 16/9a S. 11; angefochtenes Urteil S. 48, siehe auch S. 36). Im vorliegenden Verfahren erklärte sich der Beschwerdeführer zunächst zu einer stationären Massnahme bereit. Gemäss dem Gutachten vom 19. Februar 2003 "zeigte er sich ausreichend motiviert und compliant" (kant. Akten act. 16/7 S. 59). Es kann davon ausgegangen werden, dass der Gutachter damit nicht nur eine diesbezügliche Äusserung des Beschwerdeführers, dem damals noch eine längere Freiheitsstrafe wegen Vergewaltigung drohte, protokolliert, sondern seine eigene fachmännische Einschätzung wiedergegeben hat. Die Äusserungen des Beschwerdeführers an der Obergerichtsverhandlung, dass er keine stationäre Massnahme wünsche, sondern höchstens vielleicht zu einer Gesprächstherapie nach der Haftentlassung bereit sei, sind offenkundig damit zu erklären, dass er nun eine Freiheitsstrafe erwarten konnte, welche durch die anzurechnende Untersuchungshaft grösstenteils verbüsst war. Die zitierte Äusserung drängt in Anbetracht der übrigen Umstände nicht den Schluss auf, dass beim Beschwerdeführer das erforderliche Mindestmass an Kooperationsbereitschaft im Sinne der Rechtsprechung fehle.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen.

7.

Der Beschwerdeführer ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Seine finanzielle Bedürftigkeit ist ausgewiesen. Die Nichtigkeitsbeschwerde war nicht von vornherein aussichtslos. Das Gesuch ist daher gutzuheissen.

Somit werden keine Kosten erhoben und ist dem Vertreter des Beschwerdeführers eine Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.  
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2.  
Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen.
3.  
Es werden keine Kosten erhoben.
4.  
Dem Vertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Dr. Valentin Landmann, wird eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
5.  
Dieses Urteil wird den Parteien, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, sowie der Schweizerischen Bundesanwaltschaft schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. Oktober 2004

Im Namen des Kassationshofes  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: