

{T 0/2}
6S.388/2006 /hum

Sitzung vom 21. Dezember 2006
Kassationshof

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

X. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Daniel Fischer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich.

Strafzumessung,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich,
II. Strafkammer,
vom 31. Mai 2006 (SE060011/U/eb).

Sachverhalt:

A.
X. _____ ist HIV-positiv. Er pflegte zwischen Anfang November und Ende Dezember 2003 mehrmals ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einer Partnerin und liess sich auch einmal von ihr oral befriedigen. Im September 2004 drang er bei einer weiteren Partnerin einmal kurz ungeschützt in die Scheide ein. Er informierte seine Partnerinnen nicht über seinen positiven HIV-Status.

B.
Das Obergericht des Kantons Zürich fand ihn am 31. Mai 2006 der mehrfachen versuchten schweren Körperverletzung (Art. 122 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 aStGB) sowie des mehrfachen versuchten Verbreitens einer menschlichen Krankheit (Art. 231 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 aStGB) schuldig. Es bestrafte ihn mit 2 ½ Jahren Zuchthaus, wovon 169 Tage durch Haft erstanden sind.

C.
X. _____ erhebt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts wegen Verletzung von Art. 2 Abs. 2, 22, 63 und 65 aStGB aufzuheben, die Sache zur Ausfällung einer schuldangemessenen (bedingten) Freiheitsstrafe an die Vorinstanz zurückzuweisen und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Das Obergericht und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich verzichten auf eine Vernehmlassung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Änderungen vom 13. Dezember 2002 (AS 2006 3459) sowie die Korrekturen am Sanktions- und Strafregisterrecht vom 24. März 2006 (AS 2006 3539) des Schweizerischen Strafgesetzbuches wurden vom Bundesrat auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt. Die Vorinstanz hatte daher das neue Recht nicht anzuwenden, da dieses erst nach Ausfällung des angefochtenen Urteils in Kraft trat. Auch das Bundesgericht hat nicht zu prüfen, ob das neue Recht das mildere ist. Es könnte, selbst wenn es erst nach dem Jahreswechsel urteilen würde, nur prüfen, ob die kantonale Instanz das eidgenössische Recht richtig angewendet hat, mithin das Recht, welches im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Urteils noch gegolten hat ([BGE 129 IV 49](#) E. 5.3). Soweit der Beschwerdeführer aufgrund der *lex mitior* die neuen Regeln über den bedingten Strafvollzug angewendet wissen will, ist seine Beschwerde unbegründet.

2.

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz verletze die Grundsätze der Strafzumessung gemäss Art. 22, 63 und 65 StGB, das Strafmass falle unangemessen hoch aus und das Urteil genüge den Begründungsanforderungen nicht.

Der Beschwerdeführer, dem seit Juni 2003 seine **HIV**-Positivität durch ärztliche Diagnose bekannt war, ging aus Sorglosigkeit und dem Drang, den Geschlechtsverkehr intensiver zu erleben, jedes Mal bewusst erneut das Ansteckungs-Risiko ein (angefochtenes Urteil S. 10).

Die Vorinstanz geht zu Recht von einem Strafrahmen von vier Tagen Gefängnis bis 15 Jahren Zuchthaus aus. Sie setzt die Strafe gestützt auf Art. 22 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 65 StGB erheblich herab, weil es bei den Straftaten jeweils beim vollendeten Versuch blieb, der Erfolg also nicht eintrat. Die Vorinstanz würdigt diese Tatsache strafzumessungsrechtlich zutreffend. Die Nähe des tatbestandsmässigen Erfolgs kann entgegen der Beschwerde nicht "als kaum gegeben" betrachtet werden, auch wenn die Infektionswahrscheinlichkeit statistisch gesehen als eher gering erscheinen mag, denn eine Übertragungswahrscheinlichkeit besteht tatsächlich. Auf diese Rechtsprechung ist nicht zurück zu kommen ([BGE 131 IV 1](#) E. 2.2). Eine Verletzung von Art. 22 StGB ist nicht ersichtlich.

Die Vorinstanz hebt die Strafe wegen Real- und Gesetzeskonkurrenz gemäss Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB massiv an, was der Beschwerdeführer nicht beanstandet. Hingegen mindert sie die Strafe aufgrund der Vorstrafenlosigkeit, des Leumunds, des kooperativen Verhaltens sowie des nunmehr vollen Geständnisses, das auf eine gewisse Einsicht und Reue schliessen liess. Die Reue lässt sich aber entgegen der Beschwerde nicht strafmildernd im Sinne von Art. 64 StGB werten, weil eine aktive Wiedergutmachung nicht ersichtlich war (angefochtenes Urteil S. 13). Die Vorinstanz berücksichtigt weiter strafsenkend, dass der Beschwerdeführer infolge der **HIV**-Infektion strafempfindlicher als gesunde Täter ist. Sie geht somit davon aus, dass er nicht gesund ist (Beschwerde S. 6 mit Hinweis auf eine seit der Tuberkuloseerkrankung im Sommer 2005 massiv verschlechterte gesundheitliche Situation). Sie beurteilt auch das Vorleben. Das Strafmass erscheint nicht

als unhaltbar hart, so dass eine Ermessensüberschreitung zu verneinen ist. In der Begründung werden die wesentlichen strafzumessungsrelevanten Tatsachen nachvollziehbar dargelegt. Damit sind die Begründungsanforderungen erfüllt. Die angefochtene Strafzumessung ist nicht zu beanstanden.

3.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Der Beschwerdeführer trägt die Kosten vor Bundesgericht (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Mit dem Entscheid in der Sache ist das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos geworden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.-- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 21. Dezember 2006

Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: