

Corona-Sünder – „Geht's noch?!” oder schon strafbar?

(Neu-)Betrachtung der §§ 178, 179 StGB (Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten)

Nina Marlene Schallmoser-Schweiberer,* Salzburg

Abstract: Die seit Anfang 2020 das alltägliche Leben dominierende Corona-Pandemie rückt die §§ 178, 179 StGB in den Fokus der strafrechtlichen Diskussion. Sie stellen eine Gefährdung anderer Menschen durch übertragbare Krankheiten unter Strafe. Nicht zuletzt, weil diese Delikte bislang keine besondere praktische Relevanz hatten, sind mehrere dogmatische Fragestellungen ungeklärt, auf welche die vorliegende Abhandlung eine Antwort gibt. Hierzu gehört insbesondere, welches Ausmaß die Gefährlichkeit, dass ein Verhalten zu einer Krankheitsverbreitung führt, für eine Strafbarkeit erreichen muss, wie mit einer ex post festgestellten fehlenden Gefährdungseignung umzugehen ist und ob und unter welchen Voraussetzungen eine Strafbarkeit durch Unterlassen gegeben sein kann. Die vorgeschlagenen Lösungsansätze werden auf ihre Praxistauglichkeit anhand typischer „Corona-Fälle“ überprüft.

Keywords: Corona, Covid-19, Pandemie, übertragbare Krankheiten, Krankheitsverbreitung, Gefährlichkeit, abstrakte Gefährdung, Strafbarkeit

I. Einleitung

Die Corona-Pandemie dominiert seit Anfang 2020 das tägliche Leben. Im allgemeinen Interesse von „Solidarität“ und „Gemeinwohl“ werden jedem Einzelnen längst selbstverständlich geglaubte Individualfreiheiten entzogen. Wer diesen Geboten der Stunde eine Absage erteilt, sieht sich – neben Verwaltungsstrafen – unter bestimmten Voraussetzungen zudem mit Kriminalstrafen konfrontiert, insbesondere dann, wenn aus einer bloßen Gemeinwohlnoranz eine Gemeingefahr für andere wird. Die aktuelle Situation rückt, abgesehen von den Delikten gegen Leib und Leben (§§ 75, 83 ff StGB¹), vor allem die §§ 178,

* Mag. Dr. Nina Marlene Schallmoser-Schweiberer ist Assistenzprofessorin im Bereich Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Paris Lodron Universität Salzburg. Der Inhalt dieses Beitrags wurde zunächst am 26. März 2021 als Vortrag im Rahmen des Habilitationskolloquiums zur Erlangung der Lehrbefugnis für das Fach „Strafrecht und Strafverfahrensrecht“ präsentiert.

¹ In der Praxis wird es allerdings nur zu wenigen Verurteilungen nach diesen Delikten kommen, weil kaum je ein Kausalzusammenhang zwischen einem Fehlverhalten eines Corona-Infizierten und einer Gesundheitsschädigung einer anderen Person feststellbar sein wird: Aufgrund der höchst unterschiedlichen Inkubationszeiten, einer häufig nicht

179 StGB von einem kriminalstatistischen Nebenschauplatz in die Mitte der richterlichen Schreibtische. Die Bestimmungen stellen die (vorsätzliche oder fahrlässige) Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten unter Strafe. Sie werfen hierbei nicht zuletzt aufgrund ihrer bislang weitgehend fehlenden praktischen Relevanz eine ganze Reihe dogmatischer Fragen auf, die mitunter höchst unterschiedlich beantwortet werden.

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf die §§ 178, 179 StGB. Nach einer Darlegung der dogmatischen Fragestellungen (II.A.) wird ein kurzer Blick auf die Deliktsstruktur der §§ 178, 179 StGB geworfen (II.B.), bevor den genannten Problemen mit Lösungsansätzen² begegnet werden soll (II.C.-IV.). Deren Praxistauglichkeit wird in einem weiteren Schritt auf aktuelle Beispiele zu „Corona“ überprüft (V.), bevor ein Fazit die Ausführungen abrundet (VI.).

II. Grundlagen

A. Problemstellung

Unklar ist zunächst, wer Tatsubjekt der §§ 178, 179 StGB sein kann (näher II.C.). Fraglich ist, ob sich neben einer Person, die selbst an einer bekanntgabepflichtigen, übertragbaren Krankheit leidet, auch eine nichtinfizierte Kontaktperson schon dadurch strafbar machen kann, dass sie einen grundsätzlich übertragungsgeeigneten Kontakt zu einem Erkrankten pflegt. Die bislang hL³ verneint das mit dem Argument, dass die Delikte ohne Involvierung von zumindest zwei Personen gar nicht verwirklicht werden könnten; die nichtinfizierte Kontaktperson sei damit als sog. notwendig Mitwirkende straflos. Neue Ansichten⁴ dagegen bejahen eine Strafbarkeit: Demnach gehe es gerade nicht um ein notwendiges Zusammenwirken. Vielmehr könne daher auch die Kontaktperson die Allgemeindelikte der §§ 178, 179 StGB verwirklichen, weil die Übertragungsgefährlichkeit schon dann gegeben sei, wenn nur die eigene Ansteckung riskiert werde.

Strittig ist weiters, welche Handlungen eine (abstrakte) Gefährdungseignung iSd §§ 178, 179 StGB aufweisen (dazu III.A. und B.). Das Gesetz sieht nämlich kein „Mindestrisiko“ einer Übertragung vor. Vielmehr genügt für die Tatbestandsmäßigkeit prima facie schon eine äußerst geringe Wahrscheinlichkeit, dass es zu einer Krankheitsausbreitung kommen könnte. Der Blick erstens auf etwaige verwaltungsstrafrechtliche Regeln bzw. Sanktionsmechanismen

vollständigen Kontaktverfolgung und des Umstands, dass eine Person innerhalb von rund zwei Wochen nur mit nur einer einzigen anderen Person übertragungsgeeigneten Kontakt hatte und somit eine Infektion durch andere Umstände ausgeschlossen werden kann, wird es häufig bei einer Versuchsstrafbarkeit bleiben (insbesondere gemäß §§ 15, 83 f StGB).

² Einige Ansätze davon sind auch bereits im aktuellen Schrifttum zu finden; so stellen zB Cohen und Rebisant für die Gefährdungseignung darauf ab, ob „über die aktuelle Pandemisituation hinausgehende Verdachtsmomente“ beim Einzelnen vorliegen. Cohen spricht insoweit auch von konkreten Verdachtsmomenten; Cohen, Isolation, Quarantäne, Coronapartys – Anwendbarkeit der §§ 178 f StGB bei Missachtung von COVID-19-Verkehrsbeschränkungen, JSt 2020, 206 (ähnlich auch in CuRe 2020/24); und ihr folgend Rebisant, Strafrechtliche Risiken aufgrund COVID-19, GRAU 2020/22, 76.

³ Statt vieler Flora in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch - SbgK-StGB § 178 Rz 41; Kienapfel/Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil III² (2009), §§ 178-179 Rz 17; Murschetz in Höpfel/Ratz (Hrsg), WK² StGB § 179 Rz 8, je am Beispiel von HIV.

⁴ Cohen, JSt 2020, 207 f (ähnlich auch in CuRe 2020/24); Rebisant, GRAU 2020/22, 76: „Verschärfend kommt hinzu, dass auch jene Person strafbar sein kann, bei der weder eine Infektion noch ein Infektionsverdacht gegeben ist, wenn sie mit einer infizierten oder infektionsverdächtigen Person in Kontakt tritt.“

und zweitens auf gewisse medizinisch schlicht unvermeidbare Risiken zeigt aber: Nicht jedes noch so minimale Risiko, dass ein menschliches Verhalten zu einer Verbreitung einer Krankheit führen könnte, soll schon eine Kriminalstrafbarkeit nach sich ziehen. Zu fragen ist daher, an welchem archimedischen Punkt die Strafbarkeit nach dem StGB einsetzen soll.

Offen ist auch, wie jene Fälle strafrechtlich einzuordnen sind, in denen das Verhalten des Täters zwar im Tatzeitpunkt abstrakt gefährlich und damit geeignet war, eine Krankheitsverbreitung herbeizuführen, sich aber nachträglich (insbesondere im Urteilszeitpunkt) herausstellt, dass die Eignung doch nicht gegeben war, allen voran, weil der Täter die Krankheit nicht in sich trug (weiter III.C.). Stimmen in der Literatur⁵ und erste gerichtliche Entscheidungen⁶ gehen in diesen Fällen von einer Straflosigkeit des Täters aus, wenn er mit der in Rede stehenden übertragbaren Krankheit gar nicht infiziert, sondern eben gesund war. Zwei Begründungsstränge für diesen Ansatz kristallisieren sich heraus: Die einen verneinen die abstrakte Gefährlichkeit des Täterverhaltens. Für die anderen entfalle die objektive Bedingung der Strafbarkeit, wenn gar keine Infektion vorliege.

Schließlich zeigt der Blick in das einschlägige Schrifttum zu §§ 178, 179 StGB, dass einhellig die Möglichkeit aufgezeigt wird, beide Delikte auch durch Unterlassen zu begehen.⁷ Meist wird dies undiskutiert unter den Voraussetzungen des § 2 StGB bejaht. § 2 StGB besagt, dass jemand auch dann für die Herbeiführung eines Erfolgs bestraft werden kann, wenn er ihn nicht durch ein Tun, sondern durch ein Unterlassen, also ein Nichtstun, herbeigeführt hat. Voraussetzung ist stets, dass der Täter aus bestimmten Gründen von der Rechtsordnung zu einem Tätigwerden verpflichtet gewesen wäre – es bedarf einer Garantenstellung (insbesondere aus Gesetz, Vertrag oder Ingerenz).⁸ § 2 StGB stellt daher auf einen Taterfolg durch Unterlassen ab, §§ 178 und 179 sind aber keine Erfolgsdelikte, wie nachstehend (II.B.) gezeigt wird. § 2 StGB passt daher nicht so ohne Weiteres (dazu mehr IV.).

B. Deliktsstruktur der §§ 178, 179 StGB

Nach den §§ 178, 179 StGB macht sich strafbar, wer vorsätzlich oder fahrlässig eine Handlung begeht, welche geeignet ist, die Gefahr der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit unter Menschen herbeizuführen, wenn die Krankheit ihrer Art nach zu den zumindest beschränkt anzeige- oder meldepflichtigen Krankheiten gehört. Geschützt ist das kollektive Rechtsgut von Leben und Gesundheit der Mitglieder der Allgemeinheit.⁹

Im objektiven Tatbestand verlangt das Delikt demgemäß eine Handlung, welche typischerweise geeignet ist, die Gefahr herbeizuführen, dass sich eine Krankheit unter mehreren Menschen verbreitet. Die Krankheit muss also erstens potentiell über einen Erreger von Mensch zu Mensch übertragbar sein. Zweitens setzt die Strafbarkeit erst ab einer Breitenwirkung von zirka

⁵ Cohen, JSt 2020, 209 (ähnlich auch in CuRe 2020/24); ihr folgend Ayasch, COVID-19 – eine Renaissance für §§ 178, 179 StGB?, ZfG 2020, 54, 56.

⁶ OLG Graz, 5.3.2021, 1 Bs 10/21m; zu dieser Entscheidung demnächst Schallmoser, JBI 2021; OLG Linz, 22.4.2021, 7 Bs 48/21i.

⁷ Flora in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK-StGB § 178 Rz 43, § 179 Rz 11; Kienapfel/Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil III², §§ 178-179 Rz 7; Tipold in Leukauf/Steininger (Hrsg), Strafgesetzbuch⁴ - StGB⁴ (2017) § 178 Rz 8.

⁸ Statt vieler Hilf in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 2 Rz 1 ff; Steininger in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK-StGB § 2 Rz 1 ff; Stricker in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 2 Rz 1 ff.

⁹ Vgl Flora in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK-StGB § 178 Rz 5; Hinterhofer, Zur Strafbarkeit von Sexualkontakte HIV-infizierter Personen nach den §§ 178, 179 StGB, JRP 2002, 99; Hinterhofer/Rosbaud, Strafrecht Besonderer Teil II⁶, §§ 178, 179 Rz 1; Murschetz in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 179 Rz 1; etwas abweichend: Kienapfel/Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil III², §§ 178-179 Rz 1: Leben und Gesundheit des Einzelnen, allerdings in größerem Ausmaß; Tipold in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 178 Rz 1: „Schutzobjekt ist der Mensch, der vor den Gefahren übertragbarer gefährlicher Krankheiten bewahrt werden soll“.

zehn vom Täter verschiedenen Personen ein, die gefährdet sein könnten.¹⁰ Im subjektiven Tatbestand genügt für § 178 StGB, dass der Täter die Übertragbarkeit der Krankheit und die Gefährdungseignung seines Verhaltens ernstlich für möglich hält und sich mit beidem abfindet. Die Fahrlässigkeitsvariante des § 179 StGB ist schon dann erfüllt, wenn der Täter beides hätte erkennen können. Die Delikte verankern eine objektive Bedingung der Strafbarkeit: Die übertragbare Krankheit muss ihrer Art nach zu den zumindest beschränkt anzeige- oder meldepflichtigen¹¹ Krankheiten gehören. Ob eine solche im Einzelnen vorliegt, ergibt sich aus einschlägigen Gesetzen außerhalb des StGB, wie etwa dem EpidemieG¹² oder dem AIDS-G¹³. Zu den anzeigepflichtigen Krankheiten gehört nach einer Verordnung des Gesundheitsministers¹⁴ gemäß § 1 Abs 1 Z 1 EpidemieG auch Covid-19, die durch den Erreger SARS-CoV-2 übertragen werden kann. Diesen Umstand muss der Täter subjektiv weder erkennen noch erkennen können.

Aus der Tatbestandsformulierung ergibt sich zunächst, dass es sich bei den §§ 178, 179 StGB um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt.¹⁵ Weil der Wortlaut ausdrücklich auf die bloße Gefährdungseignung des Täterverhaltens abstellt, ist für die Strafbarkeit zu prüfen, ob ex ante aus der Perspektive eines teilnehmenden Beobachters¹⁶ ein Verhalten vorliegt, das theoretisch die Krankheitsverbreitung bewirken könnte. Umgekehrt kommt es nicht darauf an, ob das Verhalten rückblickend tatsächlich „gefährlich“ für andere Personen wurde oder es gar zu einer Ansteckung anderer Personen mit der übertragbaren Krankheit gekommen ist.¹⁷ Diese Strenge der objektiven Tatbestandsmerkmale wird über die objektive Anzeige- oder Meldepflicht erheblich eingeschränkt. Andernfalls wäre es nämlich etwa schon verboten, einen anderen mit einem Küsschen zu begrüßen, wenn man gerade verschnupft ist. Übertragen auf „Corona-Fälle“ macht sich beispielsweise strafbar, wer trotz ihm bekannter Covid-19-Infektion einkaufen geht oder Besuche zulässt.

¹⁰ Flora in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK-StGB § 178 Rz 10; Kienapfel/Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil III², §§ 178-179 Rz 5; Murschetz in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 179 Rz 3.

¹¹ Die Begriffe sind synonym, weil sie beide eine inhaltlich identische Bekanntgabepflicht an eine Behörde meinen; die unterschiedlichen Gesetze, die eine solche Pflicht vorsehen, bedienen sich jedoch beider Terminologien. Eine Übersicht über die bekanntgabepflichtigen Krankheiten findet sich unter <https://www.sozialministerium.at/Themen/Gesundheit/Uebertragbare-Krankheiten/Rechtliches.html> (abgerufen am 4.6.2021).

¹² Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 104/2020.

¹³ AIDS-Gesetz 1993, BGBl. Nr. 728/1993.

¹⁴ 15. Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz betreffend anzeigepflichtige übertragbare Krankheiten 2020, BGBl. II Nr. 15/2020.

¹⁵ Birkbauer in Resch (Hrsg), Corona-HB^{1,04}, Kap 16 Rz 18; Flora in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK-StGB § 178 Rz 3, 14, § 179 Rz 2; Hinterhofer/Rosbaud, Strafrecht Besonderer Teil II⁶, §§ 178, 179 Rz 2; Kienapfel/Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil III², §§ 178-179 Rz 8; Murschetz in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 179 Rz 1; Tipold in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 178 Rz 8.

¹⁶ ZB Flora in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK-StGB Vorbem §§ 169 ff Rz 40 ff (nur für die Gefährlichkeit der Handlung); Hinterhofer/Rosbaud, Strafrecht Besonderer Teil II⁶ (2016), Vorbem §§ 169 ff Rz 4; Kienapfel/Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil III², Vorbem §§ 169 ff Rz 30 (nur für die Gefährlichkeit der Handlung).

¹⁷ Statt vieler Flora in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK-StGB Vorbem § 178 Rz 14; Murschetz in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 179 Rz 2.

C. Kontaktpersonen: Selbstgefährdung nicht ausreichend

Täter der §§ 178, 179 StGB kann nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut grundsätzlich jedermann sein. Es handelt sich (unstrittig¹⁸) um Allgemeindelikte, weil der Tatbestand auf keine individuellen Voraussetzungen für die Subjektsqualität abstellt. Voraussetzung für eine Strafbarkeit des Jedermann-Täters ist unabhängig davon zwingend ein abstrakt gefährliches Verhalten für die Gesundheit der Mitglieder der Allgemeinheit. Freilich kann das Delikt nur verwirklicht werden, wenn zumindest zwei Personen involviert sind, weil die Verbreitungsgefahr schon begrifflich voraussetzt, dass der Krankheitserreger „von Person zu Person springen kann“. Diese denknotwendige Involvierung mehrerer Personen ist allerdings von einem gemeinschaftlichen Zusammenwirken mehrerer Täter strikt zu unterscheiden.

Vor allem jedoch setzt die Kontaktperson mit dem bloßen übertragungsgeeigneten Kontakt noch kein abstrakt gefährliches Verhalten iSv §§ 178, 179 StGB: Ein solcher Kontakt ist zwar insofern riskant, als man sich selbst anstecken könnte. Das Risiko geht allerdings über ebendiese Selbstgefährdung nicht hinaus. Für eine Strafbarkeit nach §§ 178, 179 braucht es aber eine darüber hinausgehende potentielle Eignung, die Krankheit auf Dritte zu übertragen, und diese Voraussetzung ist mit dem bloßen Kontakt zu einer infizierten Person allein nicht erfüllt. Deutlich wird das, wenn man sich den Fall vor Augen führt, dass die nichtinfizierte Person das Risiko zB aus Liebe eingeht und sich danach umgehend so lange in Isolation begibt, bis sie selbst garantiert nicht mehr infektiös sein kann. Diese Person ist richtigerweise mangels abstrakt-gefährlichen Verhaltens für andere straflos. Für eine Strafbarkeit müsste sie vielmehr im Anschluss an die mögliche Infektion nach allfälliger Inkubationszeit ihrerseits abstrakt-gefährliche Verhaltensweisen setzen, die zu einer Übertragung der Krankheit auf Dritte führen könnten.

III. Ausmaß der Gefährdungseignung?

A. Anhaltspunkte auf individuell erhöhtes Risiko

Aus dem Gesetz ergibt sich für eine Strafbarkeit wegen Gefährdung anderer iSd §§ 178, 179 StGB keine Mindestgrenze des Risikos, mit welchem eine Person eine bekanntgabepflichtige Krankheit auf andere übertragen könnte. Nun verlaufen aber viele Krankheiten über lange Zeit symptomfrei und damit völlig unerkannt oder heilen ab, ohne bemerkt worden zu sein, sodass man letztlich kaum je ganz sicher *nicht* gerade an einer übertragbaren Krankheit leidet. Zudem gibt es Krankheiten, deren Übertragung selbst bei sorgfältigstem Umgang mit anderen nie ganz ausgeschlossen werden kann, außer man begäbe sich lebenslang in völlige Isolation. Diese (Grenz-)Fälle zählen die §§ 178, 179 allerdings gewiss nicht zu den strafwürdigen.

Eine abstrakte Gefährlichkeit der Handlung ist vielmehr erst dann gegeben, wenn im Tatzeitpunkt hinreichende Anhaltspunkte darauf existieren, dass speziell das Verhalten des individuellen Täters zur Verbreitung einer bekanntgabepflichtigen Krankheit führen könnte. Ex ante für den begleitenden Beobachter mussten demnach objektive Hinweise bestehen, dass der Täter aufgrund bestimmter, ihn treffender Gründe ein Verhalten setzte, welches ein gegenüber anderen menschlichen Verhaltensweisen erhöhtes Risiko der Ausbreitung einer

¹⁸ Vgl zum Deliktstyp zB Flora in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK-StGB § 178 Rz 3; Murschetz in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 179 Rz 1. Beide Quellen nennen jeweils nur die speziellen Anforderungen an die Tathandlungen und gehen somit mangels anderer Erwähnung stillschweigend von einem Allgemeindelikt aus.

Krankheit in sich barg. Abzustellen ist damit auf die Erkennbarkeit eines individuell erhöhten Risikos zum Tatzeitpunkt.

Solche hinreichenden Anhaltspunkte iSd §§ 178, 179 StGB gibt es in zwei Konstellationen: Die erste umfasst jene Fälle, in denen der Täter selbst an einer übertragbaren Krankheit leiden könnte. In der zweiten werden Situationen zusammengefasst, in denen der Täter bestimmten gefahreneigten Tätigkeiten nachgeht, die eine Krankheitsverbreitung in besonderem Maße bewirken könnten. Wesentlich ist stets, dass der begleitende Beobachter aufgrund dieser Umstände jeweils zu erhöhter Vorsicht mahnen würde.

Im häufigeren Fall, dass der Täter selbst erkrankt sein und diese Erkrankung weitergeben könnte, müssen folglich im Tatzeitpunkt besondere Hinweise auf eine vorangegangene, eigene Infektion vorliegen, damit die Handlung abstrakt gefährlich ist.¹⁹ Solche Anhaltspunkte bestehen erstens dann, wenn der Täter zu einem früheren Zeitpunkt übertragungsgeeigneten Kontakt mit einer erkrankten Person hatte, von deren Infektion er zwischenzeitlich weiß oder wissen muss, und dieser Umstand damit ex ante auch für den Beobachter erkennbar wäre. Der Täter trat demnach vor der Tat auf eine Weise in persönlichen Kontakt zu einer anderen Person, welche geeignet ist, die Krankheit zu übertragen (zB längeres Gespräch mit einer Armlänge Abstand zueinander bei einer durch Tröpfchen übertragbaren Infektion). Das war ihm entweder im Kontaktzeitpunkt bereits zumindest erkennbar oder aber wurde ihm nachträglich bekannt (zB weil die infizierte Person ihn nach späterer ärztlicher Abklärung darüber informierte). Ein Verdacht auf Eigenerkrankung besteht zweitens dann, wenn der Täter weiß, dass er erkrankt ist, insbesondere weil eine entsprechende Diagnose vorliegt oder er bereits typische Krankheitssymptome aufweist. Der Täter ist also entweder von einem Arzt über seine Infektion mit der übertragbaren Krankheit in Kenntnis gesetzt worden (zB weil er ärztlichen Rat wegen entsprechender Symptomatik eingeholt hat oder nach Zufallsbefund im Zuge einer Blutbildanalyse) oder leidet unter Symptomen, die für ihn und einen begleitenden Beobachter als Symptome einer übertragbaren Krankheit erkennbar sind (zB rote Hautflecken begleitet von Fieber und schlechtem Allgemeinzustand als bekanntes Erscheinungsbild einer Maserninfektion). Drittens kann sich der einschlägige Infektionshinweis aus dem Umstand ergeben, dass der Täter vor dem Tatzeitpunkt von dritter, meist offizieller Stelle über eine mögliche Ansteckung informiert wurde (zB von der zuständigen Gesundheitsbehörde im Zuge eines Contact-Tracing).

Wenn der Täter keinen Hinweis auf eine eventuelle eigene Erkrankung iS dieser Ausführungen hat, kann es dennoch im Einzelfall Hinweise auf ein erhöhtes Gefährdungspotenzial für die Gesundheit anderer geben, die einen begleitenden Beobachter in der Tätersituation zu Vorsicht mahnen würden. Sie ergeben sich aus einer gefahreneigten Tätigkeit des Täters: Er ist zu besonderer Sorgfalt aufgerufen, weil er bestimmten Tätigkeiten (etwa im medizinischen Bereich) nachgeht, die eine solche Sorgfalt indizieren. Wenn beispielsweise der medizinische Mitarbeiter eines Labors mit isolierten Tuberkulose-Erregern arbeitet und dabei

¹⁹ Cohen unterscheidet diesbezüglich zwischen kranken, krankheitsverdächtigen und ansteckungsverdächtigen Personen (JSt 2020, 207 f).

die vorgesehenen Sicherheits- und Hygienemaßnahmen missachtet, ist ex ante durchaus die Gefahr gegeben, dass die Erreger „frei werden“. Aus einem sorglosen Agieren bei spezifischen Tätigkeiten können sich infolgedessen hinreichende Hinweise darauf ergeben, dass sich diese Krankheit verbreiten könnte. Missachtet der Täter die Maßnahmen dennoch, kann er sich strafbar machen.

B. Kein bloßer Verstoß gegen allgemeingültige Sorgfaltmaßstäbe

Umgekehrt genügt es für eine Kriminalstrafbarkeit nicht, wenn die Gefährdungseignung unterhalb der unter A. dargelegten Schwelle angesiedelt ist, und zwar auch im Fall eines Verstoßes gegen allgemeingültige, der Prävention dienende Sorgfaltmaßstäbe. Gemeint sich Pflichten, welche generell und damit im Wesentlichen unterschiedslos für alle oder viele Rechtsunterworfene gelten. Sie geben gerade nicht individualbezogen Anlass zu besonderer Vorsicht, sondern ergeben sich aus Risikosituationen, die alle oder viele treffen (können).²⁰ Quellen solcher Sorgfaltmaßstäbe sind insbesondere gesetzlich oder behördlich angeordnete Auflagen oder Verbote (in Gesetzen oder Verordnungen) und unverbindliche Empfehlungen öffentlicher Stellen und Organisationen, wie etwa der Bundesregierung oder der AGES²¹.

Solche Verstöße sind bloßer „Ungehorsam“ und deshalb zunächst schon aufgrund des *ultima ratio*-Prinzips nicht Sache des Kriminalstrafrechts, sondern allenfalls des Verwaltungs(straf)rechts. Eine hiervon abweichende Ansicht ließe für die verwaltungsstrafrechtlichen Normen keinen Raum mehr, weil infolge der *ne bis in idem*-Regeln das gerichtliche Strafrecht meist vorgehen würde, selbst wenn es lediglich um den (ansonsten harmlosen) Verstoß gegen nächtliche Ausgangsbeschränkungen ginge. Zudem gehören Fälle, die in ihrem Gefahrenpotenzial nicht über das hinausgehen, was mehr oder weniger unterschiedslos allen droht, ebenfalls nicht ins Kriminalstrafrecht. Wer zB die Tugend ignoriert, dass man in der Öffentlichkeit in den Ellbogen hustet oder in ein Taschentuch schnäuzt, verhält sich zwar ärgerlich, macht sich aber (auch in Pandemiezeiten!) in der Regel nicht strafbar.

Eine Straflosigkeit ist umso mehr angezeigt, wenn sich Personen nicht einmal „ungehorsam“ verhalten, sondern vielmehr alle verfügbaren Schutz- und Präventionsmaßnahmen einhalten und trotzdem ein minimales Restrisiko einer Übertragung einer Krankheit nicht verhindert werden kann. Diese Personen setzen kein sozial inadäquates Verhalten, sondern handeln erlaubt.²²

C. Ex post festgestellte fehlende Gefährdungseignung

Liegt ein nach den vorstehenden Ausführungen ex ante betrachtet abstrakt gefährliches Verhalten vor, muss dieses im Urteilszeitpunkt nachgewiesen sein. Stellt sich nun vor Gericht heraus, dass die Gefährdungseignung tatsächlich fehlte, insbesondere, weil der Täter mit der fraglichen Krankheit gar nicht infiziert war, wird mitunter vertreten, dass er diesfalls generell

²⁰ Vgl auch Cohen, JSt 2020, 208 („unspezifische[s] Ansteckungsrisiko reicht nicht aus, um von einer typischen Eignung zur Herbeiführung einer Verbreitungsgefahr zu sprechen“); ihr folgend Rebisant, GRAU 2020/22, 76.

²¹ Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH, www.ages.at (abgerufen am 4.6.2021).

²² Das wurde erstmals für Infektionen mit dem HI-Virus herausgearbeitet: Wer weiß, dass er mit dem HI-Virus infiziert ist, und beim Geschlechtsverkehr mit einer anderen Person ordnungsgemäß ein Präservativ verwendet, handelt sozial inadäquat und nicht strafbar, obwohl trotz Verwendung des Kondoms ein minimales Restrisiko einer Übertragung bestehen bleibt; näher zB Hinterhofer, JRP 2002, 104 f; wN zB bei Murschetz in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 179 Rz 6.

straflos bleiben solle, entweder weil die Handlung nicht gefährlich gewesen²³ oder die objektive Bedingung der Strafbarkeit nicht erfüllt sei²⁴. Beide Ansichten sind aus mehreren Gründen problematisch.

Zunächst setzt diese These einen dreifachen logischen Bruch mit der Deliktsstruktur (II.B.) der §§ 178, 179 StGB voraus. Da es sich bei der Gefährdung anderer durch übertragbare Krankheiten um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt, ist die potentielle Gefährlichkeit der Handlung streng ex ante zu prüfen: Der Unrechtsgehalt abstrakter Gefährdungsdelikte liegt nämlich in der Erkennbarkeit der Gefahreneignung in der Situation des Täters im Tatzeitpunkt. Er wird für ein Verhalten bestraft, weil er zumindest erkennen konnte, dass er in dem Moment eine Gefahr für andere darstellen könnte. Das Recht verlangt vom Täter eine gewisse Gefahreneinschätzung, die er allerdings nicht adäquat vorgenommen hat. Das allein ist Grund für die Strafe. Diese Erkennbarkeit als Handlungsunwert musste im Tatzeitpunkt gegeben sein und daher ex ante vorgelegen haben. Ganz anders bei Erfolgsdelikten: Hier macht (primär) der Erfolg den Unwert der Tat aus. Weil dieser Unwert aber zeitlich stets nach der Handlung liegt, muss zwingend ex post geprüft werden, ob dieser Erfolg eingetreten und wie er gegebenenfalls beschaffen ist. Bezieht man nun in die Beurteilung der abstrakten Gefährlichkeit eines Verhaltens mehr Wissen ein, als der begleitende Beobachter im Tatzeitpunkt haben kann, nimmt man den abstrakten Gefährdungsdelikten den Grund, weswegen sie geschaffen wurden (1. *Strukturbruch*).²⁵ Der begleitende Beobachter würde dann über später erworbenes Sonderwissen verfügen, das dem Täter zugutekommen soll, obwohl er sich im Tatzeitpunkt ex ante betrachtet unverantwortlich verhalten hat. So ebnen sich die Unterschiede zwischen Delikten mit und ohne Erfolg ein. Die Rechtsansicht, dass die ex post festgestellte Ungefährlichkeit zur Straflosigkeit führen soll, steht zudem mit den Gesetzesmaterialien aus 1971²⁶ in Widerspruch: Sie betonen, dass es sich bei den §§ 178, 179 um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt. Diese „Misch-Ansicht“ aus ex-ante- und ex-post-Betrachtung gab es damals aber noch nicht; sie konnte folglich vom Gesetzgeber nicht intendiert sein.

Unter der Prämisse, dass der Täter prinzipiell selbst erkrankt sein muss, um das Delikt zu erfüllen, wären die Delikte außerdem als Allgemeindelikt nicht richtig formuliert (2. *Strukturbruch*). Dann könnte nämlich in Wahrheit nur eine Person, die mit einer anzeigen- oder meldepflichtigen, übertragbaren Krankheit infiziert ist, Täter der §§ 178, 179 StGB sein. Es würde sich also in Wirklichkeit um Sonderdelikte handeln, weil eine bestimmte Tatsubjektsqualität vorausgesetzt wird. Das aber kommt im Wortlaut überhaupt nicht zum Ausdruck. Zudem wären Fälle wie jener im Beispiel des Labormitarbeiters (oben A.) nicht mehr unter den Tatbestand subsumierbar.

²³ Jüngst erstmals OLG Graz, 5.3.2021, 1 Bs 10/21m; zu dieser Entscheidung demnächst Schallmoser, JBI 2021; außerdem OLG Linz, 22.4.2021, 7 Bs 48/21i.

²⁴ Cohen, JSt 2020, 209 (ähnlich in CuRe 2020/24); ihr folgend Ayasch, ZfG 2020, 54, 56.

²⁵ Offenbar wird hier eine Position eingenommen, die der von Fuchs vertretenen Perspektive bei der Beurteilung der Tauglichkeit einer Handlung beim Versuch ähnelt; zu dieser Position Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I¹⁰ (2018), Kap 30 Rz 33 ff.

²⁶ Zu BGBl Nr. 60/1974: EBRV 30 BlgNR XIII. GP, 322.

Schließlich kann auch die Rechtsansicht, dass in solchen Fällen die objektive Bedingung der Strafbarkeit nicht erfüllt sei, nicht überzeugen (3. *Strukturbruch*): Die Gesetzesmaterialien²⁷ betonen, dass einziger Sinn und Zweck der objektiven Bedingung der Strafbarkeit ist, eine Einschränkung auf Krankheiten vorzunehmen, über die eine Behörde unter Umständen in Kenntnis gesetzt werden muss, um Schnupfen und harmlose Infekte auszuschließen. Die objektive Bedingung stellt somit nicht auf das Vorhandensein einer Infektion beim Täter ab.²⁸ Dazu passt, dass es behördliche Anzeige- oder Meldepflichten gibt, die schon bei einem bloßen Krankheitsverdacht und nicht erst bei bestätigter Infektion eingreifen.²⁹ Gerade darum heißt es in § 178 StGB, dass eine „ihrer Art nach“ bekanntgabepflichtige Krankheit vorausgesetzt ist – weil es ausdrücklich nicht auf die Infektion beim Täter ankommt.

Abgesehen von diesen Strukturbrüchen würde die Berücksichtigung einer ex post festgestellten fehlenden Gefährdungseignung des Täterverhaltens darüber hinaus zu nicht hinnehmbaren Strafbarkeitslücken führen, weil strafwürdige Fälle nicht mehr unter den Tatbestand subsumierbar wären. Zwei Beispiele: Wer in einem Krankenhaus arbeitet und Blutkonserven mit der Aufschrift „Achtung – Verdacht der HIV-Infektion!“ entgegennimmt und diese aus reinen Kostengründen an Unfallopfer als Blutspende verabreicht, wäre nach § 178 StGB nicht strafbar, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die HIV-Infektion nicht bestanden hat. Purer Zufall führt insoweit zur Straflosigkeit dieses hochgradig verwerflichen Verhaltens. Derjenige, der seit Tagen unter starkem, trockenem Husten, Schnupfen sowie Halsschmerzen leidet und keinen Geruchs- sowie Geschmackssinn mehr hat und in diesem Zustand trotzdem eine Party mit zwanzig Gästen veranstaltet, wäre straflos, wenn sich nachträglich herausstellt, dass es „nur“ ein grippaler Infekt und nicht Covid-19 war. Mehr noch: Er wäre unter Umständen sogar dazu verleitet, sich trotz einschlägiger Symptomatik nicht zum Arzt zu begeben bzw. keinen Antigen-Schnell- oder PCR-Test durchführen zu lassen. Die Erkrankung wäre diesfalls nämlich später nicht mehr nachweisbar, wodurch eine Strafbarkeit nach §§ 178, 179 StGB womöglich durch diese zusätzliche Achtlosigkeit vermieden werden kann. Richtigerweise sind die Täter im Ergebnis in beiden Beispielen bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen nach §§ 178, 179 strafbar, denn ex ante lag jeweils ein hinreichender Anhaltspunkt für eine Gefährdungseignung vor.

IV. Tatbegehung durch Unterlassen

Die §§ 178 und 179 StGB bedienen sich bei der Formulierung des strafbewehrten Verhaltens der Wendung „wer eine Handlung begeht“. Fraglich ist, ob hierunter ausschließlich ein Tun oder neben einem Tun auch ein Unterlassen zu verstehen ist. Nimmt man an, dass eine „Handlung“ nur ein aktives Tun sein kann, kann die Strafbarkeit nicht auf untätige Personen erweitert werden, selbst wenn sie „Garanten“ iSd § 2 StGB sind. Die Leiter eines Pflegeheims oder einer großen Betriebsstätte, die keine Vorkehrungen treffen, um die Ausbreitung einer Krankheit in ihrem Rayon zu verhindern, wären damit nicht strafbar.³⁰ Denn § 2 erweitert den Kreis der strafbaren Personen zwar auf solche, die trotz einschlägiger Verpflichtung zu einem

²⁷ Zu BGBI Nr. 60/1974: EBRV 30 BlgNR XIII. GP, 322 f.

²⁸ So auch Rebisant, GRAU 2020/22, 76.

²⁹ Siehe dazu die Übersicht unter

<https://www.sozialministerium.at/Themen/Gesundheit/Uebertragbare-Krankheiten/Rechtliches.html> (abgerufen am 4.6.2021).

³⁰ Außer man folgt der nicht sehr verbreiteten Ansicht, dass § 2 mit „Erfolg“ nur irgendeine Tatbildverwirklichung meint, und nicht nur einen tatbildlichen Erfolg.

Tun einen *Taterfolg* durch Unterlassen (also Nichtstun) herbeiführen, gilt aber nach überwiegender Meinung nur für Erfolgsdelikte.³¹ §§ 178, 179 setzen nun unstrittig keinen Erfolg voraus (dazu schon II.B.). Für sie kommt eine Unterlassensstrafbarkeit folglich nur in Betracht, wenn das beschriebene Verhalten zumindest auch ein Unterlassen umfasst (sog *echte Unterlassungsdelikte*).³² Durch die gegenteilige Ansicht, dass „wer eine Handlung begeht“ ohnedies ein Unterlassen erfasst, gelangen konsequenterweise aber neben den genannten Leitungspersonen zudem Besucher im Pflegeheim oder die Reinigungskraft in der Betriebsstätte in den Täterkreis, wenn sie den Missstand zwar bemerken (konnten), aber nichts unternehmen, insbesondere weil sie ihn nicht zu verantworten haben.³³

Eine systematische Auslegung der Wendung „wer eine Handlung begeht“ bringt Aufschluss über ihren Inhalt: Die Formulierung findet sich in Bestimmungen des Allgemeinen Teils des StGB³⁴, in Teilen des Umweltstrafrechts³⁵, beim Delikt der Kriminellen Vereinigung nach § 278³⁶ und in § 287 StGB. § 287 begrenzt einen etwaig höheren Strafrahmen auf eine maximal dreijährige Freiheitsstrafe für einen Täter, der im Zustand voller Berauschtung *eine Handlung begeht*, die ihm als Verbrechen oder Vergehen zugerechnet würde, wenn er nur nicht voll berauscht wäre. An § 287 zeigt sich eindeutig: Diese Strafvorschrift soll auch dann eingreifen, wenn der Täter sich bei Zurechnungsfähigkeit wegen eines Unterlassungsdelikts (und damit nicht wegen einer „Handlung“ im Wortsinn) strafbar machen würde. § 287 kommt damit zB einem Bademeister zugute, der im Drogenrausch einen Badegast ertrinken lässt. Ähnliches lässt sich für die anderen genannten Bestimmungen argumentieren, die sich der Formulierung „eine Handlung begeht“ bedienen, sie erfassen damit gleichfalls ein Unterlassen.³⁷ Schließlich versteht man unter dem sehr ähnlichen Terminus „mit Strafe bedrohte Handlung“ unstrittig³⁸ auch ein Nichtstun als Pendant zum aktiven Handeln.

Daraus ergibt sich: Die Formulierung „wer eine Handlung begeht“ verwendet das StGB, um neben einem Tun ein Unterlassen zu beschreiben. Im Ergebnis sind die §§ 178 und 179 StGB auch echte Unterlassungsdelikte. Eine Strafbarkeit kommt damit für jeden in Betracht, der eine potentielle Gefährdung einer Krankheitsverbreitung durch ein Unterlassen herbeiführt, und zwar unabhängig von einer Garantenstellung. Folglich macht sich der Leiter eines Pflegeheims

³¹ ZB *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht Allgemeiner Teil I¹⁰, Kap 37 Rz 6; *Hilf* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 2 Rz 6; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht Allgemeiner Teil¹⁶, Z 29 Rz 19; *Steininger* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK-StGB § 2 Rz 2; *Stricker* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 2 Rz 8.

³² Statt vieler *Hilf* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 2 Rz 9; *Steininger* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK-StGB § 2 Rz 1; *Stricker* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 2 Rz 5 f.

³³ Hier würde § 2 strafbarkeiteinschränkend wirken, wird aber nicht gebraucht, weil die §§ 178, 179 ohnedies als echte Unterlassungsdelikte konzipiert sind, wie sogleich gezeigt wird.

³⁴ So zB in § 39 Abs 1 bei den Voraussetzungen der Strafschärfung bei Rückfall.

³⁵ Nämlich in § 181c, e und i (Fahrlässiges umweltgefährdendes Behandeln und Verbringen von Abfällen, Grob fahrlässiges umweltgefährdendes Betreiben von Anlagen und Grob fahrlässige Schädigung von Lebensräumen in geschützten Gebieten) sowie § 182 (Andere Gefährdungen des Tier- oder Pflanzenbestandes).

³⁶ In Abs 3, wo definiert wird, wer an einer Kriminellen Vereinigung als Mitglied teilnimmt.

³⁷ Das erscheint zwar mit Blick auf einige andere Tatbestände des StGB, zB der Nötigung nach § 105, die neben der Handlung die Unterlassung separat nennt, sprachlich nicht ganz konzise; diese terminologischen Unschärfen sind in der vorliegenden Abhandlung jedoch nicht beseitigbar, sondern nur durch Auslegung zu klären.

³⁸ ZB *Hinterhofer/Oshidari*, System des österreichischen Strafverfahrens (2017), Kap. 1.8; *Markel* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), WK StPO § 1 Rz 5.

oder einer Betriebsstätte, der keine Vorkehrungen zur Abwehr einer Übertragungsgefährdung trifft, auch ohne § 2 nach §§ 178, 179 StGB strafbar. Der Pflegeheimbesucher oder die Reinigungskraft können sich prinzipiell, durch ein Verschweigen von Missständen, ebenfalls nach den §§ 178, 179 strafbar machen. Wie für alle Unterlassungsdelikte gilt aber auch für die Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten: Verlangt werden kann nur ein Tun, dass tatsächlich möglich und persönlich zumutbar ist.³⁹

V. Schlussfolgerungen für ausgewählte „Corona-Fälle“

Aus den bisherigen Ausführungen ergeben sich für die aktuellen Corona-Fälle Schlussfolgerungen, die anhand typischer Beispiele (vor allem aus den Medien) aufgezeigt werden.

A. Organisatoren und Gäste einer „Corona-Party“

Die Organisatoren oder Gäste einer derzeit verbotenen Corona-Party⁴⁰ sind zumindest so lange ausschließlich nach verwaltungsstrafrechtlichen Normen zu ahnden, so lange ex ante gesehen niemand auf der Veranstaltung ist, der zumindest einen konkreten Infektionsverdacht in seiner Person aufweist. Bemerkt der Organisator, dass offensichtlich kranke Personen mit typischen Covid-19-Symptomen vor Ort sind, dann setzt bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit seine Haftung nach §§ 178, 179 StGB ein, entweder – je nach Konstellation – wegen Tuns oder wegen Unterlassens, zB weil er Personen mit Krankheitshinweisen nicht heimschickt. Eines Rückgriffs auf § 2 StGB braucht es hierfür nicht. Der kränkliche Gast muss sich bei entsprechender subjektiver Tatseite für den Besuch der Party verantworten.⁴¹ Alle anderen Gäste der Feier haften nur dann, wenn sie erstens erkannt haben oder erkennen konnten, dass Covid-19-erkrankte Personen anwesend sind, und sie zweitens im Anschluss an die Party ihrerseits ein abstrakt gefährliches Verhalten setzen, das geeignet ist, eine weitere Krankheitsverbreitung herbeizuführen. Das gilt, obwohl sie die Feier in dem Wissen besuchen, dass in Pandemiezeiten ein gewisses allgemeines Risiko einer Ansteckung inmitten einer Menschenansammlung besteht, und auch davon, ob sie sich letztlich tatsächlich angesteckt haben oder nicht.

B. Demonstranten gegen Corona-Maßnahmen

Sinngemäß dasselbe gilt für die Anti-Corona-Maßnahmen-Demonstranten: Der Besuch der Demonstration an sich ist kriminalstrafrechtlich – außer bei Infektionsverdacht in eigener Person – nicht relevant, selbst wenn die Demonstranten während des gesamten Besuchs keine FFP2-Maske tragen oder den vorgeschriebenen Mindestabstand ignorieren. Die „strafrechtliche heikle“ Zeit beginnt erst, wenn sie ihrerseits aufgrund des Besuchs Überträger der Krankheit sein könnten und in diesem (möglichen) Zustand vorsätzlich oder fahrlässig abstrakt-gefährliche Handlungen für die Gesundheit Dritter setzen.

³⁹ Zu diesen Kriterien näher zB *Hilf* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 2 Rz 46 ff, 149; *Steininger* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK-StGB § 2 Rz 26, 127; *Stricker* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 2 Rz 10 ff.

⁴⁰ Verstanden als Zusammenkunft von Personen aus mehreren Haushalten zu Feierzwecken.

⁴¹ Strafbar machen sich die Genannten natürlich umso mehr, wenn es sich von vornherein um eine Party zu dem Zweck handelt, sich mit Corona zu infizieren und daher bewusst Infizierte geladen wurden (vgl das Beispiel sog Maserpartys; näher dazu eingehend *Cohen*, Die Strafbarkeit von Maserpartys, Manz 2020, 1 ff; *dies*, Maserpartys aus der Sicht des Kindeswohls – Strafrechtliche Überlegungen zur Reichweite des elterlichen Erziehungsrechts bei Eingriffen in die körperliche Integrität, EF-Z 2020/66, 158). Dann haften die infizierten Personen als unmittelbare Täter des § 178 (§ 12 1. Fall), der Organisator ist zumindest Beitragstreter nach § 12 3. Fall StGB.

C. „Corona-Spucker“, -Nieser und -Huster

Unter Corona-Spuckern, -Niesen oder -Husten werden diejenigen Personen zusammengefasst, die insbesondere zu Provokationszwecken oder zur Abwehr anderer spucken, niesen oder husten.⁴² Der typische Fall ist derjenige, dass Polizeibeamte im Zuge einer Festnahme vom Festzunehmenden angespuckt werden (ob zur Verhinderung der Amtshandlung iSv § 269 StGB oder zum bloßen Frustabbau). Das ist folgerichtig nach §§ 178, 179 StGB nur strafbar, wenn die spuckende, niesende oder hustende Person im Tatzeitpunkt aufgrund bestimmter Umstände bereits vermutet oder vermuten muss, mit Covid-19 infiziert zu sein. Eine solche Vermutung besteht in den oben ausgeführten Fällen (Übertragungsgeeigneter Kontakt mit einer erkrankten Person, einschlägige Diagnose, Vorliegen typischer Krankheitssymptome, offizielle Information über mögliche Ansteckung). Das OLG Graz entschied kürzlich einen Fall, in dem die Angeklagte Polizisten aus geringer Distanz demonstrativ anhustete und hierzu angab, vor wenigen Tagen unerlaubterweise ein unter behördlicher Quarantäne stehendes Risikogebiet verlassen zu haben.⁴³ Der Freispruch der Angeklagten war hier angezeigt, da sich aus dem bloßen Verstoß gegen die allgemeingültige Isolation ganzer Gemeinden oder Bezirke zwar eine Verwaltungsrechtswidrigkeit, aber noch keine hinreichend erhöhte Gefahreneignung ergibt.⁴⁴

D. Tragen einer „falschen“ Maske

Auch für alle anderen Personen, die außerhalb der eigenen vier Wände, zB beim Einkaufen im Supermarkt, spucken, niesen oder husten, gilt dasselbe Prinzip: Man ist dann vor Kriminalstrafe geschützt, wenn es nicht bereits vor dem Verlassen der privaten Räumlichkeiten hinreichende Hinweise auf eine übertragbare Erkrankung gegeben hat. Kriminalstrafrechtlich unerheblich ist diesfalls, ob vorgeschriebene oder auch nur empfohlene Schutz- und Präventionsmaßnahmen eingehalten wurden oder nicht. Fehlen nämlich solche Hinweise aus der ex-ante-Perspektive, führt der bloße Verzicht auf eine vorgeschriebene Maske, aktuell etwa einer FFP2-Maske⁴⁵, nicht zu einer Kriminalstrafbarkeit; gleichgültig, ob stattdessen überhaupt keine Maske oder lediglich ein selbstgenähter Mund-Nasen-Schutz aufgesetzt wird.

E. Besuche aus mehreren Haushalten trotz Zwei-Haushalte-Regel

Werden „nur“ Vorschriften nach dem Covid-19-MaßnahmenG missachtet und damit zB Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen oder die behördliche Isolation einzelner Gemeinden oder gar Bezirke ignoriert, ohne in eigener Person einen Infektions Verdacht als

⁴² Zu diesen auch Ayasch, ZfG 2020, 54, 56, allerdings mit anderer Lösung.

⁴³ 5.3.2021, 1 B 10/21m.

⁴⁴ Nicht überzeugend war dagegen die Begründung des OLG, wonach eine Strafbarkeit ausscheide, weil ein nachträglich durchgeföhrter PCR-Test ergab, dass die Angeklagte nicht mit SARS-CoV-2 infiziert war und das Anhusten damit schon per se keine Gefahreneignung aufweise. Diese Argumentation widerspricht der ex-ante-Beurteilung; dazu oben III.C.; sowie ausführlich demnächst Schallmoser, JBI 2021.

⁴⁵ § 5 Abs 1 Z 2 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen gegen die Verbreitung von COVID-19 getroffen werden (4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung – 4. COVID-19-SchuMaV) idF BGBl. II Nr. 162/2021.

Gefährdungshinweis zu haben, kommt lediglich eine verwaltungsrechtliche Ahndung in Betracht. Wer etwa trotz geltender Zwei-Haushalte-Regel⁴⁶ Gäste aus drei Haushalten gleichzeitig begrüßt, verstößt damit zwar gegen das verwaltungsrechtliche Maßnahmengesetz, ist aber kein Kriminalstraftäter.

F. Home Office-Verweigerung durch den Arbeitgeber

Das Ausgeführte muss umso mehr für jene Fälle gelten, in denen bloßen Empfehlungen von öffentlicher Stelle nicht gefolgt und demgemäß schon nicht gegen geltendes Recht verstoßen wird. Als Beispiel sei die Verweigerung des Arbeitsgebers genannt, den Mitarbeitern „Home Office“, also das Arbeiten von Zuhause aus, wie es von der Bundesregierung mehrfach dringend empfohlen wurde,⁴⁷ zu gewähren. Das gilt auch, wenn Home Office vom spezifischen Tätigkeitsfeld der Mitarbeiter her unkompliziert möglich wäre. Ein solches Verhalten des Arbeitgebers kann man freilich bekritiseln, es ist aber einmal mehr strafrechtlich nicht relevant, solange kein Mitarbeiter Krankheitssymptome aufweist oder beispielsweise meldet, dass er einen Absonderungsbescheid erhalten hat.

G. Müllverbringen trotz Absonderungsbescheids

Wer qua Absonderungsbescheid⁴⁸ (dazu auch F.) in häuslicher Quarantäne bleiben muss, steht in aller Regel bei jedem Verstoß gegen diese behördliche Anordnung mitten im Kriminalstrafrecht. Am LG Salzburg wurde jüngst der Sachverhalt entschieden, dass ein Mann trotz angeordneter Quarantäne seine Wohnung in einem Mehrparteienhaus verlassen hat, um den Müll zur Mülltonne hinunterzubringen.⁴⁹ Ex ante zeigt sich hier deutlich: Es gibt in diesem Fall einen klaren Infektionsverdacht, selbst wenn der Quarantänepflichtige nur als K1-Person⁵⁰ präventiv isoliert war.⁵¹ Aus zwei Gründen: Das Verlassen des Isolationsbereichs ist abstrakt gefährlich, eine Verbreitung der Krankheit herbeizuführen, weil erstens ex ante betrachtet in dem Zeitpunkt nicht ausgeschlossen werden kann, dass man zumindest zwischenzeitig mit Covid-19 infiziert ist, etwa weil man mit der erkrankten Person zusammenwohnt, oder nach dem behördlich angeordneten, zunächst negativen PCR-Test die Virenlast nachträglich noch so weit angestiegen ist, dass man infektiös wurde. Außerhalb des Einflussbereichs des Täters und damit abstrakt gefährlich ist zweitens der Umstand, dass der Täter im Stiegenhaus, im Eingangsbereich oder am Müllplatz ungewollt auf andere Personen treffen könnte. Eine Verurteilung nach § 178 StGB ist somit gerechtfertigt.⁵²

⁴⁶ Maximal 4 Erwachsene plus 6 minderjährige, aufsichtspflichtige Kinder dürfen einander demnach in privaten Räumlichkeiten gleichzeitig treffen, wenn sie in Summe nicht aus mehr als 2 Haushalten kommen; dazu § 13 Abs 3 Z 12 der 4. COVID-19-SchuMaV idF BGBl. II Nr. 162/2021.

⁴⁷ Dazu zB <https://orf.at/stories/3181200/> (abgerufen am 4.6.2021).

⁴⁸ §§ 5, 7 Abs 1, 1a und 2, 17 Abs 1 und § 46 Epidemiegesetz 1950 idG iVm §§ 1, 2, 4 und 5 der Verordnung betreffend die Absonderung Kranker, Krankheitsverdächtiger und Ansteckungsverdächtiger (Absonderungsverordnung), RGBI. Nr. 39/1915 idF BGBl. II Nr. 21/2020 und § 57 Abs 1 AVG.

⁴⁹ Zu dieser Entscheidung <https://www.nachrichten.at/panorama/chronik/oberoesterreicher-trug-waehrend-quarantaene-muell-aus-dem-haus-bedingte-haft;art58,3348866> (abgerufen am 4.6.2021).

⁵⁰ Verstanden als Kontaktpersonen mit Hoch-Risiko-Exposition; zum Begriff näher https://www.sozialministerium.at/dam/jcr:0606b9e2-72f6-4589-9816-2107c7c46e7f/Behoerdlische_Vorgangsweise_bei_SARS-CoV-2_Kontaktpersonen_Kontaktpersonennachverfolgung.pdf (abgerufen am 4.6.2021).

⁵¹ Im Originalsachverhalt war er nachweislich infiziert und litt unter Atemnot.

⁵² Etwas anderes könnte dann gelten, wenn die Wohnung des Täters nicht in einem Mehrparteienhaus läge. Wohnt der Täter etwa völlig abgelegen ohne Nachbarn am Waldrand und bringt die Mülltonne von seinem privaten Grundstück zwanzig Meter nach vorne, um sie an die öffentliche Straße zur Abholung durch die Müllabfuhr zu stellen, nachdem er sich mit einem Blick durch das Fenster vergewissert hat, dass niemand sich nähert, fehlt es aus der Sicht des begleitenden Beobachters an der abstrakten Gefährlichkeit dieses Verhaltens.

H. Arztbesuch ohne Information über Infektion

Auch in den Fällen, in denen jemand einen Arzt aufsucht und vorab seine aktuelle Covid-19-Infektion oder einen entsprechenden Infektionsverdacht verschweigt, steht eine Strafbarkeit des Täters im Raum.⁵³ Zwar ist ein Arztbesuch für sich genommen ein sozial adäquates Tun, denn wer behandlungsbedürftig ist, muss eine Arztpraxis aufsuchen können, zumal dies nicht von anderen Personen anstelle des möglicherweise Infizierten vorgenommen werden kann (der Müll aus Beispiel G. hingegen kann sehr wohl zB von einem Nachbarn verbracht werden). Die soziale Inadäquanz und damit der Strafgrund bestehen vielmehr in der unterlassenen Vorabinformation des Arztes über die mögliche oder bestätigte Covid-19-Infektion. Der Besuch einer Arztpraxis ohne entsprechenden Hinweis auf diese Erkrankung ist folglich je nach subjektiver Tatseite gemäß §§ 178 oder 179 StGB strafbar.⁵⁴

I. Verschweigen von Kontakten beim Contact Tracing

Nach einer festgestellten Infektion mit Covid-19 erhält die positiv getestete Person von der zuständigen Behörde zum Zwecke der Verhinderung einer weiteren Krankheitsausbreitung die Aufforderung, sämtliche übertragungsgeeignete Kontakte mit anderen bekanntzugeben. Beim sog Contact Tracing⁵⁵ soll so gleichsam die Spur des Virus nachverfolgt werden. Wer trotz entsprechender Aufforderung vorsätzlich übertragungsgeeignete Kontakte verschweigt oder fahrlässig nicht bekanntgibt, etwa um persönliche oder wirtschaftliche Nachteile von sich oder anderen abzuwenden, kann sich nach den §§ 178, 179 StGB strafbar machen. Zwar besteht kein Risiko einer Übertragung auf diese Personen mehr, weil der übertragungsgeeignete Kontakt bereits beendet ist. Allerdings führt die unterlassene Bekanntgabe ihrer Daten dazu, dass von ihnen unter Umständen weitere Personen angesteckt werden könnten. Das Virus könnte sich damit ausbreiten, weil der Täter eine Aufklärung der möglicherweise von ihm infizierten Personen verhindert. Dieses Verhalten kann je nach konkretem Vorgehen in einem Tun (zB Lügen) oder einem Unterlassen (zB gänzliches Verweigern der Bekanntgabe von Kontaktpersonen) bestehen. Eines Rückgriffs auf § 2 StGB braucht es für die Unterlassensvariante nicht; der Täter muss damit nicht Garant für diejenigen sein, die durch seine Kontakt Personen gefährdet werden könnten.

VI. Fazit

Das Strafrecht ist für diese Pandemie – vor allem in Zusammenschau von Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht – gut gerüstet. Das Verwaltungsstrafrecht setzt beim bloßen Ungehorsam an, weil für alle oder viele geltende Präventionsmaßnahmen missachtet werden. Das Kriminalstrafrecht greift, genau wie es wegen des *ultima ratio*-Prinzips soll, dort ein, wo kein gelinderes Mittel wie insbesondere das Verwaltungsrecht existiert, weil das Verhalten

⁵³ Zu diesem Beispiel auch *Birkbauer* in *Resch, Corona-HB*^{1,04} Kap 16 Rz 18; sowie *Ayasch*, ZFG 2020, 55, die allerdings von einem Unterlassen ausgeht.

⁵⁴ Als (strafbarkeitsausschöpfendes) Tun: *Birkbauer* in *Resch, Corona-HB*^{1,04} Kap 16 Rz 18.

⁵⁵ Zur Kontaktpersonennachverfolgung näher

https://www.sozialministerium.at/dam/jcr:0606b9e2-72f6-4589-9816-2107c7c46e7f/Behoerdlische_Vorgangsweise_bei_SARS-CoV-2_Kontakt Personen_Kontaktpersonennachverfolgung.pdf (abgerufen am 4.6.2021).

individuell besonders gefährdungsgeeignet war. In diesen Fällen kennt das Kriminalstrafrecht dann aber kein Pardon: Insbesondere schützt es nicht vor Strafe, wenn im Urteilszeitpunkt ex post nachgewiesen wird, dass der Täter im Tatzeitpunkt völlig gesund war – so will es die ex-ante-Perspektive.