

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Christoph Brenn, Richard Hargassner, Helge Hoch, Herbert Painsi,

Eckart Ratz, Martina Weixelbraun-Mohr, Jörg Ziegelbauer

Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

Februar 2022

04

205 – 252

Aktuelles

Nebenabreden zum Regierungsprogramm ➔ 205

Beitrag

Berufsrechtliche Einschränkungen der Nutzung von Legal-Tech-Anwendungen

Philipp Nöhrer und Tobias Weidinger ➔ 209

Keine Gefährdung ohne Gefährlichkeit: Zur Frage der Strafbarkeit
nach §§ 178 f StGB ohne Infektion Jakob Hajszan ➔ 216

Evidenzblatt

Kautionsfeststellung und Ansprüche des Vermieters

David von der Thannen ➔ 226

Feststellungsinteresse bei bereits entstandenem Schaden?

Ulrike Frauenberger-Pfeiler ➔ 234

Gesetzlicher Richter ➔ 237

Forum

Deutsches Energiewirtschaftsgesetz teilweise unionsrechtswidrig:
Signalwirkung für die österreichische Energieregulierung?

Johannes Hartlieb und Emil Nigmatullin ➔ 246

Keine Gefährdung ohne Gefährlichkeit: Zur Frage der Strafbarkeit nach §§ 178 f StGB ohne Infektion

ÖJZ 2022/29

§ 15 Abs 3,
§§ 178, 179 StGB

OLG Graz
5. 3. 2021,
1 Bs 10/21 m;
OLG Linz
22. 4. 2021,
7 Bs 48/21 i

SARS-Cov-2;
COVID-19;

Ansteckungs-
gefahr;

Gefährdungs-
eignung;

Versuch;

Untauglichkeit

Nachdem die bisher vor allem im Zusammenhang mit HIV/Aids bearbeiteten Gefährdungsdelikte der §§ 178, 179 StGB durch den Ausbruch der COVID-19-Pandemie in der Wissenschaft neue Beachtung gefunden haben, sind nun erstmals obergerichtliche Entscheidungen in diesem Kontext ergangen. Diese behandeln auch die Frage, ob eine Strafbarkeit trotz fehlender Infektion gegeben sein kann. Aus Anlass jener Entscheidungen soll diese Frage näher erörtert werden und auch eine Auseinandersetzung mit der damit einhergehenden Versuchsproblematik erfolgen.^{*)}

Von Jakob Hajszan

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Keine Tatbestandsmäßigkeit nach §§ 178 f StGB bei fehlender Infektion
 - 1. Objektive Bedingung der Strafbarkeit
 - 2. Keine Gefährlichkeit bei fehlender Infektion
 - a) Beurteilungsmaßstab
 - b) Schutzzweck des § 178 StGB
 - c) Trennung von Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht
 - 3. Keine Gefährlichkeit bei fehlender Ansteckbarkeit trotz bestehender Infektion
 - 4. Beibehaltung der Eigenschaft als Allgemein-delikt
- C. Strafbarkeit des Versuchs
 - 1. Untauglicher Versuch
 - 2. Absolute oder relative Untauglichkeit?
 - a) Objektive Betrachtung oder Eindrucks-theorie
 - b) Eigener Ansatz unter Berücksichtigung des Wesens abstrakter (potenzieller) Gefährdungsdelikte
 - c) Beurteilung der Untauglichkeit bei fehlender Ansteckbarkeit trotz bestehender Infektion
- D. Fazit

A. Einleitung

Nachdem die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit §§ 178 und 179 StGB durch die Corona-Pandemie neuen Auftrieb erhielt,¹⁾ hatten sich nun auch zwei Oberlandesgerichte mit Sachverhalten im Zusammenhang mit § 178 StGB und COVID-19 zu beschäftigen.²⁾ In den genannten Entscheidungen äußern sich das OLG Linz sowie das OLG Graz als Beschwerde- bzw Berufungsgericht zu den Tatbestandsmerkmalen des § 178 StGB.

Zum Deliktstypus des § 178 StGB bekräftigen die beiden Entscheidungen zunächst die bisherige Einord-

nung durch die Rsp und den Gesetzgeber als abstraktes Gefährdungsdelikt.³⁾ Dieser Begriff wird jedoch unterschiedlich verstanden.⁴⁾ Die beiden Entscheidungen verlangen die typische Eignung, die Gefahr der Verbreitung einer der Art nach meldepflichtigen Krankheit herbeizuführen. Das OLG Linz stellt weiter auf den Einzelfall ab und spricht in diesem Zusammenhang auch von einer abstrakt potenziellen Verbreitungsgefahr.⁵⁾ Das OLG Graz hält auch fest, das mit der Tathandlung verbundene Infektionsrisiko sei im Urteil festzustellen.⁶⁾ Die in den Entscheidungen vertretene Ansicht entspricht somit am ehesten jener Art der Gefährdungsdelikte, welche in der überwiegenden Lehre als potenzielles⁷⁾ oder von anderen Stimmen auch als abstraktes Gefährdungsdelikt bezeichnet wird.⁸⁾ Vermittelnd wird

*) Großer Dank gilt Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Ingeborg Zerbos und meinen Stockwerkskolleginnen und -kollegen am Institut für Strafrecht und Kriminologie für die angeregten Diskussionen und hilfreichen Anmerkungen.

1) Etwa Ayasch, COVID-19 – eine Renaissance für §§ 178, 179 StGB? ZIG 2020, 53 oder Rebisant, Strafrechtliche Risiken aufgrund COVID-19, GRAU 2020, 74.

2) OLG Graz 1 Bs 10/21 m JBl 2021, 473 (krit Schallmoser) = JSt 2021, 421 (zust Mitgutsch); OLG Linz 7 Bs 48/21 i JSt 2021, 424.

3) OGH 13. 12. 2001, 12 Os 90/01; ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 322. Die Gefährdungsdelikte werden generell uneinheitlich eingeteilt, s Flora in SbgK Vorbem §§ 169 bis 187 StGB Rz 55 ff; dies, Die Strafbarkeit HIV-infizierter Personen nach §§ 178, 179 StGB aufgrund von Sexualkontakten mit nicht-infizierten Sexualpartnern, RZ 1999, 65 (65f) und Kienapfel/Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil III² (2009) Vorbem §§ 169 ff Rz 35 ff.

4) OLG Linz 7 Bs 48/21 i JSt 2021, 424.

5) Das OLG bezieht sich dabei auf Schwaighofer in PK StGB § 178 Rz 2, der gerade dies als Argument gegen die Bezeichnung als abstraktes Gefährdungsdelikt anführt.

6) Öner/Schütz in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 17 Rz 11; Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil¹⁶ (2020) Rz 9.37; Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I¹¹ (2021) Rz 10/44; Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil III¹⁴ (2020) §§ 178, 179 Rz 1; Schroll, Die Gefährdung bei Umweltdelikten, JBl 1990, 681 (683).

7) Kienapfel/Schmoller, BT III² Vorbem §§ 169 ff Rz 27; Triffterer, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil² (1994) Rz 3/89; Hinterhofer/Rosbaud, Strafrecht Besonderer Teil II⁶ (2016) Vorbem §§ 169 ff Rz 4 ff, die synonym den Begriff „abstraktes (potenzielles) Gefährdungsdelikt“ verwenden.

mitunter auch von abstrakten (potenziellen) Gefährdungsdelikten gesprochen,⁹⁾ diese Einteilung würde auch der in der Lehre hA zur Einordnung der §§ 178f StGB entsprechen.¹⁰⁾ Im Folgenden wird daher der Begriff **abstraktes (potenzielles) Gefährdungsdelikt** verwendet und darunter jenes Gefährdungsdelikt verstanden, bei dem die typische Gefährdung der Handlung im Einzelfall festzustellen ist.

Nach der Einordnung der §§ 178, 179 StGB äußern sich die beiden Oberlandesgerichte zur tatbildlichen Handlung und zur Krankheit iSd § 178 StGB. Das OLG Graz geht dabei auf die Frage ein, ob ein Anhalten von anderen Personen auch ohne tatsächliche SARS-Cov-2-Infektion des Täters bzw der Täterin strafbar sein könnte. Das OLG Linz hingegen hatte sich mit der etwas anders gelagerten Problematik zu beschäftigen, ob über die Infektion an sich hinaus auch die Ansteckbarkeit nötig ist.

B. Keine Tatbestandsmäßigkeit nach §§ 178f StGB bei fehlender Infektion

Im vom OLG Graz zu beurteilenden Fall kam es zu einer Verurteilung nach § 269 Abs 1 StGB und einem – zwar verfehlten, aber prozessrechtlich bedeutungslosen – Subsumtionsfreispruch hinsichtlich § 178 StGB. Allerdings sah die StA Klagenfurt als Berufungswerberin eine Verurteilung auch nach § 178 StGB aufgrund der erstgerichtlichen Feststellungen als geboten an. Ihrer Ansicht nach sei das Anhalten von Polizeibeamten durch eine Person, die sich innerhalb von 14 Tagen vor der Tat in einer wegen hoher Corona-Zahlen isolierten Gemeinde aufgehalten hatte, eine tatbestandsmäßige Handlung. Der Umstand, dass die Angeklagte gar nicht infiziert war, spiele dabei keine Rolle. Das OLG Graz hält in seiner Berufungsentscheidung jedoch entgegen, dass nicht einmal die bloß theoretische Möglichkeit der Beeinträchtigung des durch § 178 StGB geschützten Rechtsguts geschaffen worden sei. Die geforderte **Gefahr der Verbreitung übertragbarer Krankheiten** sei daher in derartigen Fällen **nur dann gegeben, wenn der Täter bzw die Täterin selbst infiziert sei.**¹¹⁾ Damit kommt der Senat zum gleichen Ergebnis wie der überwiegende Teil der im Zusammenhang mit COVID-19 entstandenen Literatur.¹²⁾ Gleicher Ansicht ist auch die BM für Justiz in einer Anfragebeantwortung vom 15. 6. 2020.¹³⁾

1. Objektive Bedingung der Strafbarkeit

Das OLG Graz hat allerdings andere Argumente als ein Teil der Literatur:

Anders als das OLG begründen *Ayasch* und *Cohen* die Straflosigkeit mit der in § 178 StGB enthaltenen objektiven Bedingung der Strafbarkeit. Diese setze nicht nur das Bestehen einer Anzeige- bzw Meldepflicht, sondern auch eine entsprechende Krankheit des Meldepflichtigen voraus. Eine Strafbarkeit wegen des vollendeten Delikts, aber auch wegen Versuchs, scheidet daher mangels Erfüllung der objektiven Bedingung der Strafbarkeit aus, wenn der Täter bzw die Täterin nicht tatsächlich infiziert ist.¹⁴⁾ Der Wortlaut der objektiven Bedingung der Strafbarkeit legt indes mE eine engere Interpretation nahe: Die Strafbarkeit tritt

gem § 178 letzter Halbs StGB bereits dann ein, **wenn die Krankheit ihrer Art nach zu den wenn auch nur beschränkt anzeige- oder meldepflichtigen Krankheiten gehört.** Voraussetzung ist demnach nur die Anzeige- oder Meldepflicht. Auf das tatsächliche Vorliegen einer solchen Krankheit wird aber nicht abgestellt. Das ergibt sich auch daraus, dass zum Teil – gerade auch bei SARS-CoV-2 – bereits Verdachtsfälle meldepflichtig sind.¹⁵⁾ Die **objektive Bedingung der Strafbarkeit** erfasst daher, so auch das OLG Graz, **nur den Umstand der Melde- oder Anzeigepflicht**, nicht aber auch die zugrundeliegende Infektion.¹⁶⁾ Eine solche Meldepflicht ist bei COVID-19 jedenfalls seit der Verordnung des zuständigen Bundesministers von Anfang 2020 gegeben.¹⁷⁾

Jedoch lässt sich aus der Formulierung der objektiven Bedingung der Strafbarkeit nicht ableiten, dass eine Infektion beim Täter bzw bei der Täterin generell nicht notwendig ist.¹⁸⁾ Die Wendung „ihrer Art nach“ stellt lediglich das Genügen einer bloß in irgendeinem Krankheitsstadium bestehenden, also im konkreten Fall eventuell noch nicht ausgelöst, Melde- oder Anzeigepflicht klar.²⁰⁾ Auf die Beurteilung der Gefährlichkeit, die Teil des objektiven Tatbestands ist, hat diese Formulierung in der objektiven Strafbarkeitsbedingung jedoch keinen Einfluss.

2. Keine Gefährlichkeit bei fehlender Infektion

a) Beurteilungsmaßstab

Das OLG Graz verneint die Strafbarkeit nach § 178 StGB aufgrund der mangelnden Infektion mit SARS-

-
- 9) *Flora* in SbgK Vorbem §§ 169 bis 187 StGB Rz 56 mit etwas anderer Klammersetzung.
- 10) *Murschetz* in WK² StGB § 179 Rz 2; *Flora* in SbgK § 178 Rz 14; *Tipold* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 178 Rz 8; *Kienapfel/Schmolzer*, BT III² §§ 178–179 Rz 8; *Hinterhofer*, AIDS, HIV und Strafrecht, JRP 2002, 99 (100); *Birklbauer*, Strafrecht, in *Resch* (Hrsg), Corona-Handbuch^{1.06} (Stand 1. 7. 2021, rdb.at) Kap 16 Rz 18; *Cohen*, Die Strafbarkeit von Masernpartys (2020) 98, jeweils mit unterschiedlicher oder keiner Klammersetzung.
- 11) Vgl den aus der Entscheidung gebildeten Rechtssatz RIS-Justiz RG0000192.
- 12) *Ayasch*, ZfG 2020, 53 (54, 56); *Cohen*, Isolation, Quarantäne, Coronapartys – Anwendbarkeit der §§ 178f StGB bei Missachtung von COVID-19-Verkehrsbeschränkungen, JSt 2020, 204 (204, 209); *Birklbauer* in *Resch*, Corona-HB^{1.06} Kap 16 Rz 20/1ff; *Mitgutsch*, Anm zu OLG Graz 5. 3. 2021, 1 Bs 10/21, JSt 2021, 421 (423); anders aber *Rebisant*, GRAU 2020, 74 (76); *Bauer*, Die Ansteckungsgefahr mit COVID-19 und deren strafrechtliche Relevanz, ZWF 2020, 123 (125); *Schallmoser*, Anm zu OLG Graz 1 Bs 10/21 m, JBl 2021, 473.
- 13) 1529/AB 27. GP 2.
- 14) *Ayasch*, ZfG 2020, 53 (54); *Cohen*, JSt 2020, 204 (204, 209).
- 15) *Schallmoser*, Corona-Sünder – „Geht's noch?!" oder schon strafbar? ALJ 2021, 102 (110).
- 16) Vgl *Rebisant*, GRAU 2020, 74 (76); allg *Flora* in SbgK § 178 Rz 33ff.
- 17) V des BMASGK betreffend anzeigepflichtige übertragbare Krankheiten 2020, BGBl II 2020/15; s *Ayasch*, ZfG 2020, 53 (53f); die Meldepflicht schon aus § 1 Abs 1 Z 1 EpiG ableitend etwa *Birklbauer* in *Resch*, Corona-HB^{1.06} Kap 16 Rz 20; beide Rechtsquellen anführend OLG Linz 7 Bs 48/21 i JSt 2021, 424.
- 18) So aber *Schallmoser*, JBl 2021, 473 (476).
- 19) So bei der noch nicht meldepflichtigen HIV-Infektion ohne Ausbruch der Aids-Erkrankung; s etwa *Murschetz* in WK² StGB § 179 Rz 5; *Bittmann*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit AIDS, ÖJZ 1987, 486 (488); *Hummelbrunner*, Sanitätsrecht in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht³ (2020) XXXIII Rz 10.
- 20) *Flora*, RZ 1999, 65 (65); *Hinterhofer*, JRP 2002, 99 (101); *Hummelbrunner* in GmundKom § 9 AIDS-G Rz 2; *Bertel/Schwaighofer*, BT II¹⁴ §§ 178, 179 Rz 2.

CoV-2. Darauf komme es nach *Schallmoser*, die die Gefährlichkeit ex ante aus der Perspektive eines teilnehmenden Beobachters betrachtet, hingegen nicht an.²¹⁾ Der Unrechtsgehalt liege in der Erkennbarkeit der Gefahreneignung. Handelt eine Person, weil sie die Gefahreneignung ihrer Handlung im Tatzeitpunkt nicht erkennt oder obwohl sie diese erkennt, würde sie die vom Gesetz verlangte Gefahreneinschätzung nicht adäquat vornehmen bzw sich nicht adäquat nach ihr richten. Dies allein sei der Grund für die Strafe. Ob im Nachhinein festgestellt werde, dass nie eine Infektion bestanden habe, sei irrelevant. Würde dieses nachträgliche Wissen einbezogen werden, würde das den abstrakten Gefährungsdelikten den Existenzgrund nehmen.²²⁾

Dieselbe Ansicht liegt auch einer verfehlten Berufungsentscheidung des LG Korneuburg²³⁾ zugrunde, die eine Strafbarkeit nach § 179 StGB bei einer nicht an HIV erkrankten Frau bejahte, die kurze Zeit nach ungeschütztem Verkehr mit einem HIV-Positiven auch ungeschützten Verkehr mit einem Gesunden hatte. Das LG Korneuburg ließ dabei, anders als das Erstgericht, für die Begründung der Tatbestandsmäßigkeit die Gefahr einer Ansteckung der Täterin selbst durch den ersten ungeschützten Verkehr genügen. Wenig nachvollziehbar leitet es daraus gar eine konkrete Ansteckungsgefahr hinsichtlich des zweiten Partners ab. Eine solche bestand allerdings nie, da die Täterin auch zum Zeitpunkt des zweiten Verkehrs nicht infiziert war.

Dieser Fall unterscheidet sich jedoch insofern von jenem, den nun das OLG Graz entschieden hat, als mit dem vorangegangenen ungeschützten Verkehr mit einem HIV-Positiven ein konkreter Hinweis auf eine mögliche Infektion der Angeklagten zum Zeitpunkt der Tathandlung vorlag. In der gegenständlichen Sache ergaben sich aus der Vorgeschichte hingegen keine Anzeichen oder Hinweise auf eine Infektion; die Angeklagte hatte sich bislang lediglich in einer isolierten Gemeinde aufgehalten. Das Bestehen einer abstrakten Gefahr wäre daher sowohl bei Ex-ante-Betrachtung aus der Perspektive eines Beobachters als auch aus jener der Angeklagten zu verneinen.²⁴⁾

Das OLG Graz geht aber ohnedies von einer **objektiven Beurteilung der Gefährlichkeit** aus, welche die tatsächliche Gesundheitssituation der Angeklagten einbezug. Seiner Ansicht nach waren daher die **Handlungen der Angeklagten mangels Infektion nicht gefährlich** und somit nicht – wie es § 178 StGB fordert – objektiv geeignet, die Gefahr der Verbreitung von COVID-19 herbeizuführen. Eine Strafbarkeit trotz Nichtvorliegens einer Infektion würde gar über den Wortlaut hinausgehen und mit dem Grundsatz *nulla poena sine lege* in Konflikt kommen. Sowohl im Ergebnis als auch in seiner objektiven Beurteilung unter Einbeziehung aller Umstände ist dem OLG Graz zuzustimmen.²⁵⁾ Allerdings schließt der Wortlaut des § 178 StGB eine Ex-ante-Beurteilung aus Tätersicht oder der Perspektive eines neutralen Dritten mE nicht so kategorisch aus, dass in einer solchen eine Verletzung des § 1 Abs 1 StGB bzw Art 7 Abs 1 EMRK zu sehen wäre.

Das Ergebnis, dass bei fehlender Ansteckbarkeit des Täters bzw der Täterin keine Eignung besteht, eine Verbreitungsgefahr herbeizuführen, stimmt auch mit den in der Literatur zu HIV/Aids vertretenen Positionen überein. Demnach wird eine Handlung als ungefährlich und folglich sozial adäquat eingestuft, wenn aufgrund einer konsequenten Therapie die Viruslast beim Täter für eine Ansteckung zu gering ist.²⁶⁾

b) Schutzzweck des § 178 StGB

Handlungen gesunder und nicht ansteckender Personen sind nach Ansicht des OLG Graz auch nicht vom Schutzzweck des § 178 StGB erfasst, selbst wenn ihr Verhalten bei Bestehen der Infektion die Gefahr einer Verbreitung begründen würde. §§ 178f StGB schützen nach hA nicht die Gesundheit einzelner Personen, sondern die Volksgesundheit bzw die Epidemiebekämpfung.²⁷⁾ Diese aber würde durch ein Verhalten, das keinesfalls eine Ansteckung herbeiführen kann, niemals gefährdet. Das überzeugt durchaus. Hustet eine aus einem Risikogebiet kommende, aber gesunde Person andere an, liegt darin keine Gefahreneignung iSd § 178 StGB. Die Befürchtung einer solchen Eignung gefährdet die Volksgesundheit noch nicht, auch die Epidemiebekämpfung wird dadurch nicht unmittelbar bedroht. Die Sorge einer Verbreitung reicht daher nicht für die Erfüllung des objektiven Tatbestands des § 178 StGB.²⁸⁾ Zutreffend lässt der Senat daher Umstände, die bloß den Anschein steigender Infektionswahrscheinlichkeit vermitteln, nicht genügen.²⁹⁾ Auch das Vorliegen eines aufrechten Absonderungsbescheids reicht für sich genommen noch nicht aus, ihm kommt vielmehr bloß Indizfunktion für eine Infektion und damit für eine Verbreitungsgefahr zu.³⁰⁾ Die tatsächliche Infektion ist daher stets im Einzelfall und für den Tatzeitpunkt festzustellen.³¹⁾

21) *Schallmoser*, ALJ 2021, 102 (105, 109); *Schallmoser*, JBl 2021, 473 (476); so auch *Bauer*, ZWF 2020, 123 (125), die aber auf die Täterperspektive abstellt.
 22) *Schallmoser*, ALJ 2021, 102 (109).
 23) LG Korneuburg 25. 6. 2001, 90a Bl 41/01.
 24) Für den gegenständlichen Fall auch *Schallmoser*, ALJ 2021, 102 (113); *dies*, JBl 2021, 473 (477 f).
 25) Ebenso *Mitgutsch*, JSt 2021, 421 (423); denselben Beurteilungsmaßstab wendet auch das OLG Linz 7 Bs 48/21 i JSt 2021, 424 an (§ unten B.3.); allg zu Gefährungsdelikten auch *Schroll*, JBl 1990, 681 (685) mwH auf die ältere Lehre und Rsp.
 26) Etwas OLG Graz 8 Bs 37/20g JSt 2020, 252 (zust *Baier/Soyer*); *Murschetz* in WK² StGB § 179 Rz 6; *Bertel/Schwaighofer*, BT II¹⁴ §§ 178, 179 Rz 1; *Kienapfel/Schmoller*, BT III² §§ 178–179 Rz 4; *Hummelbrunner* in *Resch/Wallner*, HB Medizinrecht³ XXXIII Rz 10.
 27) *Hinterhofer*, AIDS, HIV und Strafrecht, JRP 2002, 99 (100); *Murschetz* in WK² StGB § 179 Rz 1; *Flora*, RZ 1999, 65 (65); nach *Kienapfel/Schmoller*, BT III² §§ 178–179 Rz 1, sind Leib und Leben des Einzelnen geschützt; *Bittmann*, ÖJZ 1987, 486 (489), sieht beide Rechtsgüter geschützt, der Schwerpunkt soll aber auf der Gesundheit der Bevölkerung liegen.
 28) Anders *Rebisant*, GRAU 2020, 74 (76), dies jedoch ohne weitere Begründung.
 29) So wohl auch *Flora* in SbgK § 179 Rz 6; *Bittmann*, ÖJZ 1987, 486 (489) und *Schwaighofer* in PK StGB § 179 Rz 2, die zu HIV eine Strafbarkeit nach § 179 StGB bei Personen, die Anlass zu einem HIV-Test haben, dann bejahen, wenn diese infiziert sind und entsprechende Tathandlungen setzen; diese Wertung lässt sich auf COVID-19 übertragen.
 30) OLG Linz 7 Bs 48/21 i JSt 2020, 424; nach *Schallmoser*, ALJ 2021, 102 (107) hingegen würde der Absonderungsbescheid wohl hinreichend sein.
 31) OLG Graz 1 Bs 10/21 m JSt 2021, 421 (zust *Mitgutsch*); *Schwaighofer* in PK StGB § 178 Rz 2; allg für diese Art der Gefährungsdelikte *Fuchs/Zerbes*, AT I¹¹ Rz 10/44.

c) Trennung von Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht

Das Sanitätsrecht sieht vielfältige, zum Großteil verwaltungsstrafrechtlich abgesicherte Möglichkeiten zur Bekämpfung der Verbreitung ansteckender Krankheiten vor.³²⁾ Insb zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 wurden diese Mittel in hohem Ausmaß angewendet und das Maßnahmenportfolio auch durch Sondergesetze erweitert.³³⁾ Wäre jede durch Gesetze oder Verordnungen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 oder einer anderen Erkrankung verbotene Verhaltensweise iSd § 178 StGB tatbestandsmäßig, hätte die Staatsanwaltschaft diese von Amts wegen zu verfolgen. Damit würde die Justiz Verwaltungsstrafrecht vollziehen. Wie das OLG Graz zutreffend festhält, ist dies im Hinblick auf Art 94 Abs 1 B-VG problematisch. Denn aufgrund der ausdrücklichen Subsidiarität von Verwaltungsübertretungen gem § 22 Abs 1 VStG bliebe dann kein Platz mehr für eine verwaltungsbehördliche Strafverfolgung.³⁴⁾ Eine doppelte Verfolgung wegen der epidemierechtlichen Verwaltungsstraftaten und §§ 178f StGB wäre auch bei Fehlen einer Regelung wie § 22 Abs 1 VStG aufgrund des Ne-bis-in-idem-Grundsatzes nicht zulässig.³⁵⁾ Aus dem bloßen Verstoß gegen verwaltungsrechtliche Beschränkungen allein lässt sich keine Gefahreignung ableiten.³⁶⁾ Es muss eben eine Infektion gegeben sein. Somit führt die Übertretung der Schutzvorschriften noch nicht zu einer gerichtlichen Strafbarkeit, auch nicht wegen des Fahrlässigkeitsdelikts des § 179 StGB.³⁷⁾

3. Keine Gefährlichkeit bei fehlender Ansteckbarkeit trotz bestehender Infektion

Ein weiteres Problemfeld liegt in der Frage, ob die von §§ 178f StGB geforderte Gefahreignung vorliegen kann, wenn eine Person zwar infiziert, aber nicht (mehr) ansteckend ist. Das OLG Linz hielt in seiner Beschwerdeentscheidung dazu fest, dass allein das Vorliegen eines positiven COVID-19-Tests sowie einer Absonderung gem § 7 EpiG noch nicht ausreichen, um eine tatbestandsmäßige Gefährlichkeit zu bejahen. Besteht keine Ansteckbarkeit, würde die Übertragbarkeit der Krankheit und somit auch die Verbreitungsgefahr entfallen. Somit scheidet eine Strafbarkeit nach §§ 178f StGB aus. In diesem Ergebnis ist der Entscheidung zuzustimmen. Auch hier besteht, wie bei fehlender Infektion, keine Gefahr für das geschützte Rechtsgut der Volksgesundheit. Auch das OLG Linz wendet daher zur Beurteilung der Gefahreignung des Verhaltens einen objektiven Maßstab an.³⁸⁾

An der Übertragbarkeit der Krankheit scheitert es hier hingegen nicht. Nach dem Wortlaut des § 178 StGB bezieht sich das **Erfordernis der Übertragbarkeit auf die jeweilige Krankheit an sich**.³⁹⁾ Eine Erkrankung ist dann übertragbar, wenn sie unmittelbar oder mittelbar, etwa über verseuchte Gegenstände, auf ein anderes Individuum übergehen kann.⁴⁰⁾ Weiters muss die Krankheit von Mensch zu Mensch übertragbar sein.⁴¹⁾ Bei COVID-19 ist all das zweifellos der Fall, weshalb es sich um eine übertragbare Krankheit iSd §§ 178f StGB handelt.⁴²⁾ Ist also eine Person mit einer an sich übertragbaren Krankheit infiziert, aber nicht (mehr) in-

fektiös, ändert dies nichts an der Übertragbarkeit der Krankheit selbst. Es fehlt dann bloß an der tatbestandsmäßigen Eignung, eine Verbreitungsgefahr herbeizuführen, allein deshalb scheidet eine Strafbarkeit wegen des (vollendeten) § 178 bzw § 179 StGB aus.

Bei der Begründung der fehlenden Gefahr bei nicht vorhandener Ansteckbarkeit trotz bestehender Infektion lässt sich wiederum eine Parallele zur wirksamen antiviralen Therapie im Zusammenhang mit HIV ziehen.⁴³⁾ In beiden Fällen bestand ursprünglich eine Gefahr, die im Tatzeitpunkt mangels Ansteckbarkeit nicht mehr vorliegt. Zu COVID-19 nimmt der Verordnungsgeber auch etwa an, von Infizierten, bei denen ein Laborbefund einen CT-Wert von über 30 ergibt, gehe keine Ansteckungsgefahr mehr aus, und erlaubt ihnen daher sogar den Zutritt zu besonders schutzwürdigen Bereichen, wie Alten- oder Pflegeheimen bzw Kranken- und Kuranstalten.⁴⁴⁾

Bei größerem zeitlichen Abstand zum Datum des positiven Tests und Absonderungsbescheids ist daher neben der Infektion an sich auch die tatsächliche Infektiosität zu ermitteln, falls notwendig ist ein diesbezügliches Gutachten einzuholen.⁴⁵⁾ Ausgehend von der Viruslast ist dann die Frage der Ansteckungsgefahr zu beantworten.⁴⁶⁾ Bestand zum Tatzeitpunkt keine Ansteckbarkeit mehr, ist mit dem OLG Linz der objektive Tatbestand der §§ 178, 179 StGB zu verneinen.

4. Beibehaltung der Eigenschaft als Allgemeindelikt

Aus den Zugängen des OLG Graz sowie des OLG Linz lässt sich im Übrigen ableiten, dass nicht nur eine selbst infizierte Person als unmittelbarer Täter in Frage kommt. Eine Gefährdung kann nämlich auch mit ver-

32) Etwa *Hummelbrunner* in *Resch/Wallner*, HB Medizinrecht³ XXXIII Rz 29ff, 86ff zu Möglichkeiten nach dem EpiG oder TuberkuloseG.

33) Ein Überblick mit Stand Mitte 2020 findet sich zB bei *Klaushofer/Kneihls/Palmstorfer/Winner*, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus, ZÖR 2020, 649 (658ff); weiters *Keisler/Hummelbrunner*, Epidemierecht, in *Resch, Corona-HB*^{1.06} Kap 1 Rz 65ff, zu den bis Ende Mai 2021 implementierten Maßnahmen.

34) *Raschauer* in *Raschauer/Wessely*, VStG² (2016) § 22 VStG Rz 14f; *Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht⁶ (2018) Rz 559.

35) Darauf hinweisend auch *Schallmoser*, ALJ 2021, 102 (108); vgl außerdem *Lewisich* in *Lewisich/Fister/Weilguni* (Hrsg), VStG² (2017) § 22 Rz 4, 7; allg dazu etwa *Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte² (2019) 856f; *C. Fuchs* in *Raschauer/Wessely*, VStG² Grundrechte Rz 34ff.

36) Vgl *Birklbauer* in *Resch, Corona-HB*^{1.06} Kap 16 Rz 22; *Cohen*, JSt 2020, 204 (208).

37) *Rebisant*, GRAU 2020, 74 (76); *Schallmoser*, JBI 2021, 473 (477).

38) Ebenso (wie oben zu B.1.a) dargestellt) OLG Graz 1 Bs 10/21 m JSt 2021, 421 (zust *Mitgutsch*).

39) *Murschetz* in WK² StGB § 179 Rz 4; *Birklbauer* in *Resch, Corona-HB*^{1.06} Kap 16 Rz 17.

40) OLG Graz 1 Bs 10/21 m JSt 2021, 421 (*Mitgutsch*); *Fabrizy*, StGB¹³ § 178 Rz 2; *Rebisant*, GRAU 2020, 74 (75); *Hummelbrunner* in *Resch/Wallner*, HB Medizinrecht³ XXXIII Rz 10.

41) *Hinterhofer/Rosbaud*, BT II⁶ §§ 178, 179 Rz 4; *Tipold* in *Leukauff/Steininger*, StGB⁴ § 178 Rz 3.

42) Etwa *Bauer*, ZWF 2020, 123 (124); *Birklbauer* in *Resch, Corona-HB*^{1.06} Kap 16 Rz 20.

43) So auch das OLG Linz 7 Bs 48/21i JSt 2021, 424.

44) Siehe etwa § 10 Abs 3 lit b 2. COVID-19-ÖV idF BGBl II 2021/328 oder auch schon § 11 Abs 4 Z 2 4. COVID-19-SchuMaV idF BGBl II 2021/105.

45) OLG Linz 7 Bs 48/21i JSt 2021, 424; *Cohen*, JSt 2020, 204 (207).

46) RIS-Justiz RL0000214.

seuchten Gegenständen (im Zusammenhang mit HIV zB mit verseuchten Spritzen), mit verseuchtem Wasser oder auch mit infizierten Tieren oder durch Ausstreuen von Viren herbeigeführt werden.⁴⁷⁾ Freilich ist dann eine tatsächliche Infektion des Tieres oder das tatsächliche Vorhandensein von Krankheitserregern (etwa Bakterien oder Viren) auf bzw in den Gegenständen, Dämpfen oder Flüssigkeiten vorausgesetzt.⁴⁸⁾

Eine tatbestandsmäßige Handlung liegt aber etwa auch vor, wenn Infizierte und weitere Personen zu einer Feier eingeladen oder ungeladene Infizierte trotz Erkennens der Erkrankung durch den Gastgeber bzw die Gastgeberin nicht weggeschickt werden,⁴⁹⁾ weiters etwa wenn das erkrankte Kind ohne Schutzmaßnahmen in den Kindergarten gebracht wird. Die für die Gefährlichkeit iSd § 178 StGB nötige Infektion ist dann zwar nicht in der Person des Täters bzw der Täterin selbst, aber bei einer direkt am Geschehen beteiligten anderen Person gegeben. Daneben können Gesunde sich an der Begehung durch Infizierte gem § 12 StGB beteiligen.⁵⁰⁾

Fraglich ist, ob Gesunde als Mittäter strafbar sind, wenn sie Infizierte in deren Absonderung oder trotz bekannter Infektion treffen. Hier könnte sich eine Straflösigkeit als notwendig Beteiligte oder deshalb ergeben, weil nur die eigene Ansteckung riskiert wird.⁵¹⁾ Notwendige Beteiligung bzw Mitwirkung ist gegeben, wenn das Delikt nur durch das Zusammenwirken mehrerer Personen verwirklicht werden kann.⁵²⁾ Eine solche ist dann straflos, wenn die Strafbestimmung dem Schutz des notwendig Beteiligten gilt, auch wenn die Beteiligung über das logisch notwendige Maß hinausgeht.⁵³⁾ Es ist durchaus vertretbar, für diese konkrete Begehungsweise der §§ 178f StGB anzunehmen, dass eine Vollendung nur durch Mitwirkung zumindest einer von der Täterin bzw dem Täter verschiedenen Person möglich ist.⁵⁴⁾ Allerdings dienen §§ 178f StGB, wie erwähnt, dem Schutz der Gesamtbevölkerung und der Epidemiebekämpfung, nicht aber (nur) der Gesundheit der bzw des Einzelnen, weshalb die Strafbarkeit nicht aufgrund notwendiger Beteiligung auszuschließen sein wird. Da Mitwirkende in einem solchen Fall aber nur die Übertragung der Krankheit auf sich selbst riskieren, sind sie wohl dennoch straflos.⁵⁵⁾ Damit es in Zukunft zu einer gefahrengeeigneten Handlung der Mitwirkenden kommen kann, müssen diese selbst infiziert sein. Im Zeitpunkt des Kontakts mit Infizierten ist daher mangels Gefahreneignung keine Strafbarkeit des Besuchers bzw der Besucherin gegeben.⁵⁶⁾

Da eine unmittelbare Täterschaft Gesunder wie gezeigt auch möglich ist, wenn eine Tatbestandsmäßigkeit nur bei tatsächlichem Vorliegen einer Infektion bzw Ansteckungseignung am Tatgeschehen beteiligter Personen oder Gegenstände angenommen wird, sind §§ 178f StGB auch nach Ansicht der OLG-Entscheidungen **keine Sonderdelikte**. Strafbarkeitslücken würden sich daher keine ergeben.⁵⁷⁾

C. Strafbarkeit des Versuchs

1. Untauglicher Versuch

Nach überzeugender Ansicht des OLG Graz scheidet also der objektive Tatbestand des § 178 StGB dann

aus, wenn der Täter in Fällen wie dem vorliegenden nicht infiziert ist: Es fehlt die Eignung, die Gefahr der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit herbeizuführen. Allerdings besteht bei entsprechendem Tatentschluss **möglicherweise Versuchsstrafbarkeit**. Diese wäre nach den allgemeinen Grundsätzen des § 15 StGB zu beurteilen. Auf eine solche gehen aber weder das OLG Linz noch das OLG Graz ein. Letzteres, weil seiner Ansicht nach das Erstgericht keinen Vorsatz der Angeklagten festgestellt habe.⁵⁸⁾ Das OLG Graz gibt allerdings an anderer Stelle erstinstanzliche Feststellungen wieder, nach denen die Angeklagte eine Herbeiführung der Verbreitung von COVID-19 durch ihre Handlungen ernstlich für möglich gehalten und in Kauf genommen haben soll.

Mit einer solchen Einstellung wäre der erforderliche Tatentschluss jedenfalls gegeben.⁵⁹⁾ Die Ausführungshandlung würde etwa im An husten, im nahen körperlichen Kontakt oder im Betreten geschlossener Räume, in denen sich auch andere befinden, ohne Schutzmaske liegen. Mangels Eignung, eine Verbreitungsgefahr herbeizuführen, liegt allerdings ein **untauglicher Versuch** vor. Angesichts dessen, dass § 178 StGB nicht generell eine Infektion des Täters bzw der Täterin selbst verlangt (s oben), ist zwar das Subjekt tauglich, jedoch ist hier die Handlung ihrer Art nach nicht geeignet, den Tatbestand zu vollenden,⁶⁰⁾ also eine Gefahr der Verbreitung von COVID-19 herbeizuführen. Daher wird eine **Untauglichkeit der Handlung** und nicht des Subjekts gegeben sein. Dies stützt auch der Wortlaut des § 178 StGB, der ausdrücklich auf eine zur Herbeiführung der Gefährdung geeignete Handlung abstellt.

2. Absolute oder relative Untauglichkeit?

a) Objektive Betrachtung oder Eindruckstheorie

In weiterer Folge stellt sich die Frage, ob der Versuch absolut untauglich und damit straflos oder bloß relativ

47) Siehe *Kienapfel/Schmoller*, BT III² §§ 178–179 Rz 4; *Bittmann*, ÖJZ 1987, 486 (488); *Hinterhofer/Rosbaud*, BT III⁶ §§ 178, 179 Rz 4.

48) Zur Notwendigkeit der Feststellung eines generellen Infektionsrisikos *Schwaighofer* in PK StGB § 178 Rz 2.

49) *Schallmoser*, ALJ 2021, 102 (112); dies als Beteiligung behandelnd *Ayasch*, ZfG 2020, 53 (56).

50) Siehe dazu etwa bei *Ayasch*, ZfG 2020, 53 (56); *Bauer*, ZWF 2020, 123 (125); *Rebisant*, GRAU 2020, 74 (75f).

51) Zu HIV/Aids *Flora* in SbgK § 178 Rz 41.

52) *Fabrizy* in WK² StGB § 12 Rz 114; *Fuchs/Zerbes*, AT I¹¹ Rz 36/23.

53) *Fuchs/Zerbes*, AT I¹¹ Rz 36/27; *E. Steininger*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II² (2019) Rz 21/26; nach *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 37.56, reicht es, wenn die Bestimmung teilweise dem Schutz des Beteiligten dient.

54) Ebenso im Hinblick auf HIV/Aids *Murschetz* in WK² StGB § 179 Rz 8; *Flora* in SbgK § 178 Rz 41; aA zu COVID-19 *Cohen*, JSt 2020, 204 (207), dies allerdings aus einem verallgemeinernden Blickwinkel.

55) Siehe zum ungeschützten Geschlechtsverkehr im Zusammenhang mit HIV/Aids *Kienapfel/Schmoller*, BT III² §§ 178–179 Rz 17; *Murschetz* in WK² StGB § 179 Rz 8; *Flora* in SbgK § 178 Rz 41; zu COVID-19 *Schallmoser*, ALJ 2021, 102 (112).

56) AA *Cohen*, JSt 2020, 204 (207f); offen *Rebisant*, GRAU 2020, 74 (76).

57) So aber *Schallmoser*, ALJ 2021, 102 (109).

58) OLG Graz 1 Bs 10/21 m JSt 2021, 421 (*Mitgutsch*); mit Verweis auf die erstinstanzliche E LG Klagenfurt 24. 9. 2020, 72 Hv 75/20i.

59) Ebenso *Mitgutsch*, JSt 2021, 421 (424).

60) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 25.6.

untauglich ist. Dazu gibt es bekanntlich unterschiedliche Auffassungen:

Nach der objektiven Ex-post-Betrachtung⁶¹⁾ und der objektiven Ex-ante-Betrachtung⁶²⁾ würde ein absolut untauglicher und damit strafloser Versuch vorliegen. Denn unabhängig vom subjektiven Eindruck, den die Handlungssituation macht, steht von Anfang an fest, dass mangels Infektion keine Eignung besteht, die Gefahr der Verbreitung einer melde- bzw anzeigepflichtigen Krankheit herbeizuführen. Eine Vollendung ist nach den unveränderbaren Umständen zum Handlungszeitpunkt unmöglich.

Bei Anwendung der teilweise in der neueren Rsp⁶³⁾ und Lehre für die Beurteilung der Untauglichkeit der Handlung herrschenden Eindruckslehre⁶⁴⁾ wäre hingegen wohl ein nur relativ untauglicher Versuch gegeben. Ein nach diesem Zugang hinzugedachter mit Durchschnittswissen ausgestatteter und mit dem Tatplan und den Tätervorstellungen vertrauter begleitender Beobachter hätte in einem solchen Fall nämlich ebenso wenig Kenntnis vom Nichtbestehen der Infektion wie der Täter. Aus seiner (hypothetischen) Sicht erscheint eine Vollendung der Tat durch Verwirklichung des Tatplans daher nicht geradezu denkunmöglich. Wird dieser Ansicht gefolgt, könnte sich daher trotz fehlender tatsächlicher Ansteckung eine Strafbarkeit wegen Versuchs ergeben.

b) Eigener Ansatz unter Berücksichtigung des Wesens abstrakter (potenzieller) Gefährdungsdelikte

Das Problem der Tauglichkeit des Versuchs eines abstrakten (potenziellen) Gefährdungsdelikts wie §§ 178 f StGB ist mE aber ein Sonderfall, insb dann, wenn – wie hier mangels Infektion – eine völlig ungefährliche Handlung vorliegt. Der Grund der Strafe liegt bei diesen Delikten allein in der wenn auch nur abstrakt bewirkten Gefahr der Rechtsgutbeeinträchtigung.⁶⁵⁾ Auch bei der Versuchsstrafbarkeit liegt der Strafgrund – jedenfalls nach der objektiven Theorie und der dieser ähnlichen Vereinigungstheorie – in der (tatbestandsnahen) Gefährdung des Rechtsguts.⁶⁶⁾ Ebenso begründet die objektive und subjektive Elemente verbindende gemischte Theorie die Strafbarkeit im betätigten verbrecherischen Willen, wodurch das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsordnung gefährdet wird.⁶⁷⁾ Der Eintritt einer Gefährdung, sei es des betroffenen Rechtsguts selbst oder des Vertrauens in die Rechtsordnung, ist somit nach den genannten Zugängen Voraussetzung für die Versuchsstrafbarkeit. Die Ausgestaltung der Versuchsstrafbarkeit in § 15 StGB zeigt ebenfalls einen stark objektiven Bezug. Ihre deutliche Bindung an objektive Gegebenheiten liegt einerseits im Erfordernis einer ausführungsnahen Handlung – es reicht eben nicht irgendeine der Ausführung fernliegende Betätigung des Tatentschlusses – und andererseits in der Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs.⁶⁸⁾ Beim absolut untauglichen Versuch entfällt also das Strafbedürfnis, wenn es nicht einmal zu einer abstrakten Gefahr für das Rechtsgut kommt.⁶⁹⁾ Ebenso entfällt es gegenüber Tätern, die ein abstraktes Gefährdungsdelikt begehen wollten, jedoch nicht in der Lage waren, eine entsprechende Gefahr herbeizu-

führen, weil nie eine Gefahr bestand. Dies gilt insb und verstärkt bei diesen Delikten, da die bewirkte abstrakte Gefahr sogar deren Existenzgrund ist.

In der Rsp zur Untauglichkeit des Versuchs nimmt auch die Frage des (zufällig) abwesenden Objekts eine gewisse Sonderstellung ein.⁷⁰⁾ Nach der vom OGH zur Objektsuntauglichkeit vertretenen objektiven Ex-post-Betrachtung wäre dabei stets Straflosigkeit anzunehmen. Jedoch stellt der OGH bei der Beurteilung dieser Konstellation auf die Gefahr ab, in der sich das Objekt befand, auf das gezielt wurde.⁷¹⁾ Nach den Wertungen in der Rsp ist der Angriff auf ein zwar existentes, aber zufällig im Tatzeitpunkt abwesendes Objekt bei generalisierender Betrachtung gefährlich. Der Täter bzw die Täterin war faktisch in der Lage, das Delikt zu verwirklichen, der Eintritt des objektiven Tatbestands scheitert nicht an seiner von Beginn an bestehenden Unfähigkeit. Die Vollendung unterbleibt bei unvorhergesehener Abwesenheit daher nur aufgrund des Irrtums der handelnden Person oder deren fehlender Kenntnis gewisser Tatsachen, somit aufgrund zufälliger Umstände im Einzelfall, weshalb die Versuchshandlung nur relativ untauglich sei.⁷²⁾ Genau genommen liegt darin allerdings keine Beurteilung der Untauglichkeit des Objekts, denn die Vollendung scheitert nicht an den Objekteigenschaften, sondern daran, dass die Handlung das Objekt nicht treffen kann. Es ist also in einem solchen Fall eine Untauglichkeit der Handlung gegeben, die vom OGH aber als eigene Fallgruppe behandelt wird.

Da es bei abstrakten (potenziellen) Gefährdungsdelikten wie §§ 178 f StGB auf eine zumindest theoretische Gefahr ankommt, liegt eine Anwendung der vom OGH zur Fallgruppe des zufällig abwesenden Objekts entwickelten Wertungen nahe, weil hier ebenfalls auf die Gefahr für das intendierte Objekt abgestellt wird. Somit wäre im Zusammenhang mit der Verbreitung übertragbarer Krankheiten in solchen Fällen relative Untauglichkeit anzunehmen, in denen zwar grundsätzlich eine Verbreitungsgefahr vorlag, diese sich aber durch Zufall nicht manifestiert hat, etwa wenn der sonst immer volle Zug wider Erwarten doch menschenleer ist. Ist der Täter bzw die Täterin jedoch nicht infiziert, dann bestand, anders als etwa bei zufälliger Abwesenheit des Opfers,⁷³⁾ nie eine Gefahr der Tatbestandsverwirklichung: Die Handlungen von Ge-

61) OGH 13 Os 45/86 SSt 57/81 [verstSen] zur Objektsuntauglichkeit.

62) Fuchs/Zerbes, AT I¹¹ Rz 30/34f; Fuchs in FS Burgstaller 41 (47).

63) Etwa OGH 8. 11. 2018, 15 Os 143/18w; 29. 3. 2021, 11 Os 5/21 a.

64) Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 25.12f, 17 a mwN; Seiler, Strafrecht Allgemeiner Teil I⁴ (2020) Rz 736.

65) Murschetz in WK² StGB § 179 Rz 1; Triffterer, AT² Rz 3/89.

66) Fuchs/Zerbes, AT I¹¹ Rz 28/35, 44f; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II (2003) § 29 Rz 10f, 28.

67) Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁶ Rz 22.16; Fabrizy, StGB¹³ § 15 Rz 20.

68) Hinterhofer in SbgK § 15 Rz 23; Fuchs/Zerbes, AT I¹¹ Rz 28/39.

69) Triffterer, AT² Rz 15/6.

70) Dazu Fuchs/Zerbes, AT I¹¹ Rz 30/37; Fuchs, Probleme des Deliktsversuchs, ÖJZ 1986, 257 (263).

71) Vgl E. Steinger, AT I² Rz 20/76; Seiler, AT I⁴ Rz 744f.

72) Ua OGH 13 Os 74/77 RZ 1977/116; 9 Os 113/77 EvBl 1978/58; 10 Os 94/80 SSt 51/38; 13 Os 124/98 JBl 1999, 617; 28. 1. 2016, 12 Os 147/15g.

73) Siehe etwa OGH 11 Os 68/87 SSt 58/66; 28. 1. 2016, 12 Os 147/15g.

sunden können keine Verbreitungsgefahr herbeiführen, selbst wenn sie anderen Menschen begegnen. Die **Verwirklichung des Tatbestands** ist dann nicht bloß in concreto durch Zufall unterblieben, sondern war **bei generalisierender Betrachtung ausgeschlossen**.⁷⁴⁾

Die vom OGH entwickelten Ansätze zur Fallgruppe des zufällig abwesenden Objekts sind daher gut auf die Beurteilung der Tauglichkeit der Handlung zumindest auch bei abstrakten (potenziellen) Gefährdungsdelikten übertragbar. Nicht tatbestandsmäßige, weil gänzlich ungefährliche Handlungen von Gesunden unterliegen damit nicht der Versuchsstrafbarkeit.

Hinzu kommt, dass **abstrakte (potenzielle) Gefährdungsdelikte in gewisser Weise die Strafbarkeit erweitern**, indem sie bereits die bloß abstrakte Gefahr erfassen, ohne dass ein Rechtsgut konkret gefährdet oder gar verletzt werden muss. Ähnlich wie bei den die Strafbarkeit ebenso ausdehnenden Vorbereitungsdelikten folgt daraus der Bedarf einer **strafbarkeitseinschränkenden Auslegung**. Würde für die Versuchsstrafbarkeit eine generell und nicht bloß zufällig ungefährliche Handlung ausreichen, würde dies die Vorverlagerung der Strafbarkeit hingegen noch weiter ausdehnen. Die hier gebotene Einschränkung der Strafbarkeit wird durch die Bindung an eine tatsächliche Gefahreignung auch bei der Beurteilung der Versuchstauglichkeit erreicht. Wenn ohne Gefährlichkeit der objektive Tatbestand entfällt, ist es auch konsequent, absolute Untauglichkeit anzunehmen, da es auch bei deren Prüfung primär auf die Gefährdung des Rechtsguts ankommt.⁷⁵⁾ Bei der **Beurteilung der Untauglichkeit des Versuchs abstrakter Gefährdungsdelikte** ist daher wie beim (zufällig) abwesenden Objekt auf die **Gefahr für das Rechtsgut abzustellen**. Bestand diese nie, wie bei Nicht-Infizierten im Zusammenhang mit §§ 178 f StGB, liegt absolute Untauglichkeit vor.

c) Beurteilung der Untauglichkeit bei fehlender Ansteckbarkeit trotz bestehender Infektion

Anders könnte sich die Situation jedoch darstellen, wenn zwar eine Infektion gegeben ist, eine Ansteckbarkeit jedoch nicht (mehr) vorliegt.⁷⁶⁾ Hier wäre eine Gefährdung für das geschützte Rechtsgut in Form der vorliegenden Erkrankung grds gegeben. Allerdings wird es bei der Beurteilung der Untauglichkeit darüber hinaus auf weitere Faktoren ankommen. Bei Heranziehung des oben entwickelten Maßstabs ist entscheidend, ob das geschützte Rechtsgut nie in Gefahr war oder die Gefahr bloß zufällig nicht eintritt.

Liegt die Tathandlung zeitlich so lange hinter dem ersten positiven Test bzw dem Symptombeginn, dass eine Ansteckungsgefahr sehr unwahrscheinlich erscheint, und ist tatsächlich keine Infektiosität mehr gegeben,⁷⁷⁾ besteht zur Tatzeit keine Gefahr für das Rechtsgut. Der Versuch wäre dann absolut untauglich. Gleiches wird gelten, wenn der CT-Wert schon beim ersten positiven Test oder beim letzten positiven Test vor der Tathandlung über 30 gelegen ist, denn bei diesem Wert lässt sich eine Ansteckungsgefahr mit hoher Wahrscheinlichkeit ausschließen.⁷⁸⁾ Auch bei einer

HIV-Erkrankung mit aufgrund einer wirksamen Therapie ausgeschlossenen Ansteckbarkeit wäre somit mangels Gefahr für das Rechtsgut absolute Untauglichkeit gegeben, wenn der Täter fälschlicherweise an seine Ansteckbarkeit glaubt oder diese ernstlich für möglich hält.

War die Infektiosität aber noch kurz vor der Tathandlung gegeben, zB wenn der CT-Wert zwar merklich unter 30 lag, der Täter im Tatzeitpunkt aber durch einen überraschend schnellen Heilungsverlauf doch nicht ansteckend war, unterblieb die Gefährdung wohl bloß zufällig. Ähnlich wird die Beurteilung dann auch bei einer an offener Tuberkulose erkrankten und deshalb im geschlossenen Bereich eines Krankenhauses aufgenommenen, aber aufgrund überraschend schneller Heilung nicht ansteckenden Person ausfallen, die sich an belebte Orte begibt.⁷⁹⁾ Es kommt aber stets auf die genaue Konstellation im Einzelfall an, wobei das Gebot einer strafbarkeitseinschränkenden Auslegung zu beachten ist. Unter Umständen ist daher bei bestehender Infektion, aber fehlender Ansteckbarkeit ein relativ untauglicher Versuch denkbar.

D. Fazit

Die bisher zu § 178 StGB im Zusammenhang mit COVID-19 ergangenen OLG-Entscheidungen beantworten die Frage, ob der objektive Tatbestand des § 178 StGB im Zusammenhang mit COVID-19 auch ohne tatsächliche Infektion bzw bei vorhandener Infektion, aber fehlender Ansteckbarkeit erfüllt sein kann. Ihnen ist sowohl im Ergebnis als auch im Großen und Ganzen in ihrer Begründung Recht zu geben. Die Tatbestandsmäßigkeit ist in diesen Fällen zu verneinen, da keine Handlung gesetzt wird, die geeignet ist, eine Verbreitungsgefahr von COVID-19 herbeizuführen. Würde die Übertretung verwaltungsrechtlicher Maßnahmen für die gerichtliche Strafbarkeit ausreichen, wäre dies auch im Hinblick auf die Trennung von Justiz und Verwaltung problematisch.

Eine Prüfung der Versuchsstrafbarkeit hätte allerdings zusätzliche Klarheit gebracht und wäre aufgrund der Entscheidung des OLG Graz zugrundeliegenden erstgerichtlichen Feststellungen und des vom OLG Linz wiedergegebenen Sachverhalts zumindest indiziert, wenn nicht gar geboten gewesen. Bei der Beantwortung der Frage nach der Strafbarkeit des Versuchs geht es vor allem um die Frage der Tauglichkeit. Dabei lässt sich die vom OGH zur Fallgruppe des zufällig abwesenden Objekts entwickelte Wertung heranziehen. Damit kommt es auf die Gefahr an, in der sich das geschützte Rechtsgut bei generalisierender Betrachtung

74) Zu diesem Beurteilungsmaßstab ua OGH 13 Os 124/98 JBl 1999, 617; 17. 9. 2015, 11 Os 104/15a.

75) Allg Triffterer, AT² Rz 15/6.

76) So im OLG Linz 7 Bs 48/21 i JSt 2021, 424 zugrundeliegenden Sachverhalt.

77) 14 Tage werden jedenfalls ausreichen, s dazu Cohen, JSt 2020, 204 (207).

78) OLG Linz 7 Bs 48/21 i JSt 2021, 424; daher ist bei einem solchen Wert etwa die frühzeitige Entlassung aus der Absonderung möglich, s BMSGK, Empfehlung für die Gesundheitsbehörden zur Entlassung von COVID-19-Fällen aus der Absonderung 2f (www.sozialministerium.at, Stand 25. 6. 2021).

79) Für das Beispiel s Schallmoser, JBl 2021, 473 (477).

befand. Fehlt es an einer Infektion, war nie eine solche Gefahr gegeben, weshalb ein solcher Versuch absolut untauglich und damit straflos ist. Liegt eine Infektion,

aber keine Ansteckbarkeit (mehr) vor, kann jedoch unter Umständen ein strafbarer, weil bloß relativ untauglicher Versuch gegeben sein.

→ In Kürze

In Übereinstimmung mit den bisher veröffentlichten obergerichtlichen Entscheidungen ist eine Strafbarkeit nach §§ 178, 179 StGB im Zusammenhang mit COVID-19 dann ausgeschlossen, wenn sich der Ansteckungsverdacht nachträglich nicht erhärtet. Auch eine Versuchsstrafbarkeit wird zu verneinen sein, da unter der Berücksichtigung des Wesens der abstrakten (potenziellen) Gefährungsdelikte ein absolut untauglicher Versuch vorliegen wird. Anderes kann dann gelten, wenn eine Infektion zwar bestätigt wurde, jedoch keine Ansteckbarkeit mehr besteht.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Mag. Jakob Hajszan ist Universitätsassistent (prae-doc) am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien. Kontaktadresse: Schenkenstraße 4, 2. Stock, 1010 Wien. Tel: +43 (0)1 4277 346 66, E-Mail: jakob.hajszan@univie.ac.at, Internet: www.strafrecht.univie.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Zu Versuch und Vollendung des Reisens für terroristische Zwecke, JSt 2020, 323; Teilweiser Widerruf bedingt nachgesehener Freiheits- oder Geldstrafen bzw Verbandsgeldbußen, ZWF 2021, 7; *Innerhofer/Hajszan*, Prüfungsrelevantes Nebenstrafrecht in Fällen (SMG), JAP 2020/2021, 152; Ausgestaltung der U-Haft bei infektiösen Personen, JSt 2021, Heft 6 (in Druck).

