

1529/AB
Bundesministerium vom 15.06.2020 zu 1520/J (XXVII. GP)
bmj.gv.at
Justiz

Dr. ⁱⁿ Alma Zadić, LL.M.
Bundesministerin für Justiz

Herrn
Mag. Wolfgang Sobotka
Präsident des Nationalrats
Parlament
1017 Wien

Geschäftszahl: 2020-0.243.264

Ihr Zeichen: BKA - PDion (PDion)1520/J-NR/2020

Wien, am 15. Juni 2020

Sehr geehrter Herr Präsident,

die Abgeordneten zum Nationalrat Dr. Susanne Fürst, Kolleginnen und Kollegen haben am 15. April 2020 unter der Nr. **1520/J-NR/2020** an mich eine schriftliche parlamentarische Anfrage betreffend „Stopp Corona“-App“ gerichtet.

Diese Anfrage beantworte ich nach den mir vorliegenden Informationen wie folgt:

Zur Frage 1:

- *Liegt eine Strafbarkeit nach den §§ 178, 179 StGB (Vorsätzliche bzw. fahrlässige Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten) vor, wenn ein Nutzer der App es unterlässt, den Umstand seiner Infektion oder des Verdachts seiner Infektion mit COVID-19 via App bekanntzugeben?*

Unvorigefüllt der unabhängigen Rechtssprechung wurden dazu von der zuständigen Fachabteilung folgende Überlegungen angestellt: Die §§ 178 und 179 StGB sollen die Gesamtbevölkerung vor der Ansteckung mit besonders gefährlichen übertragbaren Krankheiten schützen, sie dienen der Endemie- und Epidemiebekämpfung. Der Tatbestand ist jeweils als abstraktes potenzielles Gefährdungsdelikt konstruiert; es genügt die Eignung zur Herbeiführung der Gefahr der Verbreitung bestimmter übertragbarer Krankheiten (*Murschetz in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 179 Rz 1*). Als Tathandlung kommen alle

Verhaltensweisen in Betracht, die geeignet sind, die Gefahr der Verbreitung bestimmter ansteckender Krankheiten unter Menschen herbeizuführen (*Birklbauer* in *Resch, Corona-HB1.01* Kap 16, Rz 17). Wie die Krankheit verbreitet wird, ist unerheblich. Die abstrakt potenzielle Verbreitungsgefahr ist ausreichend, es muss daher weder eine Person konkret angesteckt, noch die konkrete Ansteckungsgefahr einer Person verursacht worden sein; für die Tatbestandserfüllung reicht die Vornahme der gefährlichen Handlung im Sinne einer Gefahr der Zunahme des Ausdehnungsbereichs der Krankheit (vgl. *Murschetz* aaO Rz 2; *Birklbauer* aaO Rz 18).

Die §§ 178 und 179 sanktionieren nicht die Gefahr der Verbreitung aller ansteckender Krankheiten, sondern nur solcher, „die ihrer Art nach zu den wenn auch nur beschränkt anzeige- oder meldepflichtigen Krankheiten“ gehören (*Murschetz* aaO Rz 5). Dieser Umstand stellt eine objektive Bedingung der Strafbarkeit dar, die vom Vorsatz des Täters nicht umfasst sein muss (*Murschetz* aaO Rz 7; *Cohen*, Isolation, Quarantäne, Coronapartys – Anwendbarkeit der §§ 178 f StGB bei Missachtung von COVID-19 Verkehrsbeschränkungen, JSt 2020, 204 (209)).

Spätestens seit der Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz betreffend anzeigepflichtige übertragbare Krankheiten 2020, BGBl. II Nr. 15/2020, wonach nunmehr Verdachts-, Erkrankungs- und Todesfälle an **SARS-CoV-2** der Anzeigepflicht nach dem Epidemiegesetz 1950 unterliegen, gehört COVID-19 zu den anzeige- bzw. meldepflichtigen Krankheiten (*Soyer/Baier*, Schon Husten kann mit Gefängnis bedroht sein, Die Presse 2020/15/05; vgl auch *Birklbauer* in *Resch, Corona-HB1.01* Kap 16, Rz 20 iVm FN 23, der offenbar schon die Erwähnung von MERS-CoV (Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus/„neues Corona-Virus“) in § 1 Z 1 Epidemiegesetz genügen lässt bzw. ließ, um COVID-19 als *der Art nach* anzeige-oder meldepflichtige und damit in den Anwendungsbereich der §§ 178 und 179 StGB fallende Krankheit einzustufen; ähnlich *Cohen* aaO).

Für eine Strafbarkeit im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies grundsätzlich, dass ein an sich tatbestandsmäßiges Verhalten nur dann auch strafbar sein kann, wenn der Täter (bzw sein krankes oder infektionsverdächtiges Gegenüber) positiv getestet wird; erhärtet sich der Krankheits- oder Ansteckungsverdacht nicht, bleibt der Täter trotz seines gefährlichen Verhaltens straffrei (*Cohen* aaO; vgl auch *Murschetz*, aaO Rz 6).

Zu beachten ist hier auch, dass das Gesetz in diesem Zusammenhang nicht von der Gefahr der Übertragung spricht, sondern der Gefahr der Verbreitung. Es ist somit eine gewisse Breitenwirkung der Ansteckung erforderlich. Es genügt nicht, dass nur eine sehr begrenzte Anzahl von Personen gefährdet wird.

Nach herrschender Meinung kann die Verbreitung ansteckender Krankheiten auch durch **Unterlassung** (geregelt in § 2 StGB) begangen werden (*Stricker in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 2, Rz 8; Flora in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum StGB, Rz 43 zu § 178 StGB; Soyer/Baier, aaO; Bogensberger/Marsch, Tatort Arbeitsplatz in Zeiten des Hochfahrens, Die Presse 2020/18/05; Pilnacek/Tiegs, Verpflichtung des Patienten zur Offenbarung seines HIV-Status?, RdM 1995, 32*). Wesentliche Voraussetzung, um wegen eines (unechten) Unterlassungsdelikts strafrechtlich verantwortlich zu sein, ist, dass der Täter die Erfolgsabwendung unterlässt, obwohl er zufolge einer ihm im Besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung – also einer **persönlichen Erfolgsabwendungspflicht** – dazu verhalten ist (*Stricker in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 2, Rz 12*). Für das allgemeine Strafrecht erfordert § 2 StGB neben der rechtlichen **Pflicht zur Erfolgsabwendung** (Garantenstellung) die **Gleichwertigkeit** des Unterlassens mit einer Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun. Die Garantenstellung kann sich unmittelbar aus einer gesetzlichen Regelung, aus einem Vertrag oder z.B. aus einem gefährlichen Vorverhalten ergeben. Der Täter unterlässt die Erfolgsabwendung, obwohl er trotz einer ihm treffenden Verpflichtung (einer Erfolgsabwendungspflicht) dazu verpflichtet ist.

Im Schrifttum wurde in der Vergangenheit etwa ausgeführt, dass sich der Leiter einer Haftanstalt nach §§ 2, 178 StGB strafbar machen kann, wenn er nicht die entsprechenden Sicherungsmaßnahmen trifft, um den ungeschützten Sexualverkehr eines infektiösen Insassen in der Anstalt zu verhindern (*Flora, aaO*). Aktuell wird vertreten, dass sich Arbeitgeber*innen, die ihrer aus der gesetzlichen Fürsorgepflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer*innen (nach § 18 Angestelltengesetz und §§ 3 f ArbeitnehmerInnenschutzgesetz - ASchG) erfließenden Verpflichtung, Arbeitnehmer*innen vor COVID-19 zu schützen, nicht oder nur unzureichend nachkommen, nach den §§ 178 f StGB strafbar machen können (*Bogensberger/Marsch, aaO*).

Was die Offenlegungspflichten der betroffenen Person anlangt, wurde diese – soweit überblickbar – im Schrifttum bislang nur in der Vergangenheit in Bezug auf HIV-Infizierte

erörtert und dabei vertreten, dass sich ein Patient nicht wegen Unterlassens strafbar mache, wenn er den behandelnden Arzt nicht über seine HIV-Infektion aufkläre, zumal das Unterlassen nicht geeignet sei, die Gefahr der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit herbeizuführen und die Gefahr der Verbreitung in einem solchen Fall auch objektiv nicht voraussehbar sei, wenn der Patient aufgrund der herrschenden Hygieneregeln mit einem fachgerechten Schutz vor Infektionen rechnen könne (*Flora*, aaO; grundsätzlich ebenso *Pilnacek/Tiegs*, aaO, jedoch differenzierend für den Fall dass der Patient die ausdrückliche Frage des Arztes wahrheitswidrig verneint).

Was die Unterlassung des Nutzers der App, den Umstand seiner Infektion oder des Verdachts seiner Infektion mit COVID-19 via App bekanntzugeben, anlangt, wäre zunächst festzuhalten, dass es keine gesetzliche Verpflichtung gibt, die App zu verwenden. Es gibt auch keine bedingte gesetzliche Pflicht, für den Fall der (freiwilligen) Verwendung der App, die entsprechenden Meldungen im Wege der App abzusetzen. Soweit dem BMJ bekannt, ist mit der Verwendung der App auch keine vertragliche Verpflichtung zur Meldung via App verbunden.

Ganz allgemein wird vertreten, dass bloße Meldepflichten in Bezug auf Krankheiten für sich genommen keine Garantenstellung zu begründen vermögen (*Hilf* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 2 Rz 76; *Steininger* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum StGB § 2 Rz 73, der namentlich die Meldepflichten nach § 4 GeschlechtskrankheitenG und § 3 TuberkuloseG nennt und darauf hinweist, dass diese Vorschriften der Information der Behörden, nicht aber der unmittelbaren Hilfe und Obsorge dienen würden, so dass daraus keine Garantenpflichten erwachsen). Die genannten Meldepflichten aus dem Gesundheitsbereich treffen im Übrigen nicht einmal subsidiär die erkrankte Person selbst (vgl § 4 GeschlechtskrankheitenG und § 4 TuberkuloseG). Für dem EpidemieG unterliegende Krankheiten regelt § 3 EpidemieG, welche Personen zur Erstattung der Anzeige verpflichtet sind. Diese Verpflichtung zur Anzeige obliegt anderen Personen bzw. Einrichtungen als Ärzten und Laboren zusammengefasst nur dann, wenn weder ein Arzt, noch ein Labor vorhanden (gemeint wohl: bei der Erkennung und Diagnose der Krankheit involviert) war. Neben dem zugezogenen Arzt (in Kranken-, Gebär- und sonstigen Humanitätsanstalten der Leiter der Anstalt oder der durch besondere Vorschriften hiezu verpflichtete Vorstand einer Abteilung) und dem Labor, das den Erreger einer meldepflichtigen Krankheit diagnostiziert,

treffen die Anzeigepflicht (in folgender Reihenfolge): die zugezogene Hebamme, die berufsmäßigen Pflegepersonen, die mit der Wartung des Kranken befasst sind, den Haushaltungsvorstand (Leiter einer Anstalt) oder die an seiner Stelle mit der Führung des Haushaltes (der Leitung der Anstalt) betraute Person, die Vorsteher öffentlicher und privater Lehranstalten und Kindergärten in Bezug auf die ihrer Leitung unterstehenden Schüler, Lehrpersonen und Schulbediensteten, den Wohnungsgeber oder die an seiner Stelle mit der Obsorge für die Wohnung betraute Person, Inhaber von Gast- und Schankgewerben sowie deren behördlich genehmigte Stellvertreter bezüglich der von ihnen beherbergten oder bei ihnen bediensteten Personen und den Hausbesitzer oder die mit der Handhabung der Hausordnung betraute Person. Eine allfällige Verpflichtung eines Infizierten, nach dem EpidemieG seine eigene Erkrankung anzugeben, scheint somit in § 3 EpidemieG nicht ausdrücklich geregelt. Die Anzeigepflicht wird in der Praxis wohl primär Arzt oder Labor treffen, als Haushaltungsvorstand oder Wohnungsgeber scheint jedoch nicht ausgeschlossen, dass sie (subsidiär) auch die betroffene Person selbst treffen kann. Nach § 2 EpidemieG hat die Meldung jedoch (gleichfalls) an die (Bezirksverwaltungs)Behörde zu ergehen, sodass man auch insofern davon ausgehen wird können, dass aus dieser Meldepflicht keine Garantenstellung abgeleitet werden kann. Die Idee der Wirkungsweise der App mag zwar eine andere sein als die ratio legis der genannten Meldepflichten, aber hier kommt dafür eben jedenfalls zum Tragen, dass ihre Verwendung ausschließlich auf Freiwilligkeit beruht.

Was schließlich den dritten im Allgemeinen als Quelle für eine mögliche Garantenstellung (als Voraussetzung für eine Strafbarkeit durch Unterlassen) angesehenen Umstand anlangt, nämlich ein vorausgegangenes gefahrenbegründendes Verhalten, das zu ergänzender Tätigkeit verpflichtet (Ingerenzprinzip), könnte sich eher die Frage stellen, ob gegebenenfalls die Meldung via App in der konkreten Situation überhaupt gebotenes Tun sein kann bzw. ob überhaupt eine Unterlassungskausalität in Bezug auf die Nichtverwendung der App gegeben sein kann (vgl *Hilf* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 2 Rz 45).

Die Frage ist daher unter den derzeitigen Rahmenbedingungen aus Sicht des BMJ unvorgreiflich der unabhängigen Rechtsprechung insgesamt zu verneinen.

Zu den Fragen 2 und 4:

- 2. Sind schon strafgerichtliche Verfahren anhängig, weil ein Nutzer der App es unterlassen hat, den Umstand seiner Infektion oder des Verdachts seiner Infektion mit COVID-19 via App bekanntzugeben?
 - a. Wenn ja, wie viele?
 - b. Wenn ja, wegen welcher strafrechtsrelevanten Handlungen und des Verdachts der Begehung welcher Straftatbestände?
 - c. Wenn ja, bei welchem Gericht?
- 4. Sind schon strafgerichtliche Verfahren anhängig, weil ein Nutzer der App es unterlassen hat, sich aufgrund einer Information durch die App über einen Kontakt mit einer infizierten Person bzw. einer mutmaßlich infizierten Person in die vom Betreiber der App empfohlene Selbstisolation zu begeben und/oder sein familiäres und berufliches Umfeld über diesen Kontakt zu informieren?
 - a. Wenn ja, wie viele?
 - b. Wenn ja, wegen welcher strafrechtsrelevanten Handlungen und des Verdachts der Begehung welcher Straftatbestände?
 - c. Wenn ja, bei welchem Gericht?

Bisher sind mir keine Verfahren bekannt.

Zur Frage 3:

- Liegt eine Strafbarkeit nach den §§ 178, 179 StGB (Vorsätzliche bzw. fahrlässige Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten) vor, wenn ein Nutzer der App es unterlässt, sich aufgrund einer Information durch die App über einen Kontakt mit einer infizierten Person bzw. einer mutmaßlich infizierten Person in die vom Betreiber der App empfohlene Selbstisolation zu begeben und/oder sein familiäres und berufliches Umfeld über diesen Kontakt zu informieren?

Diese Frage berührt nicht zuletzt die subjektive Tatseite. Hierzu wird vertreten, dass sich der Vorsatz für § 178 StGB auf die Eignung des Verhaltens beziehen muss, die Gefahr der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit unter Menschen herbeizuführen, was bei den derzeit allgemein zugänglichen Informationen über COVID-19 in den meisten Fällen unstreitig sein werde, in denen jemand es ernstlich für möglich hält und sich auch damit abfindet, infiziert zu sein; eine allfällige (subjektive) Einschätzung der genannten Infektion als minder gefährlich spielt mit Blick auf den Vorsatz keine Rolle, weil es diesbezüglich nur auf die Anzeige- bzw. Meldepflicht ankommt und diese als objektive Bedingung der

Strafbarkeit nicht vom Vorsatz erfasst zu sein braucht (vgl. *Birklbauer* aaO Rz 21; *Cohen*, aaO 208 f). Der für § 178 StGB geforderte Gefährdungsvorsatz fehlt allerdings bei einem Täter, der davon ausgeht, nicht infiziert, oder jedenfalls nicht (noch nicht / nicht mehr) ansteckend zu sein. Besteht aber Grund zu einer solchen Annahme, dh kann davon ausgegangen werden, dass der Täter vom Vorliegen der Infektion wissen sollte, weil er Anlass hat, sich darüber zu vergewissern, so kann er fahrlässig handeln (*Cohen*, aaO, 209; *Murschetz*, aaO Rz 7). Explizite Stellungnahmen in Judikatur oder Schrifttum zur Frage, inwieweit eine Information, auf welchem Weg auch immer, über einen allfälligen Kontakt mit einer infizierten Person, im vorliegenden Zusammenhang relevant sein kann, liegen – soweit überblickbar – nicht vor; man wird jedoch davon ausgehen können, dass die Quelle der Information für sich genommen (also etwa Information über einen früheren Kontakt mit einer infizierten Person via App oder gesprächsweise) irrelevant ist, sondern es wie auch insgesamt auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.

Zu den Fragen 5 bis 8:

- 5. Welche rechtliche Handhabe besteht, wenn Unternehmen Personen, welche die "Stopp Corona"-App nicht nutzen, das Betreten ihrer Betriebs- bzw. Geschäftsräume verweigern?
 - a. Sind deshalb schon Verfahren gerichtlich anhängig?
 - b. Wenn ja, in welchem Bundeland?
 - c. Wenn ja, vor welchem Gericht?
 - d. Wenn ja, gegen welches Unternehmen wurde bei Gericht eine Aufhebung des wegen Nicht-Nutzung der App verhängten Betretungsverbotes eingeklagt?
 - e. Wenn ja, hat ein Organ/Besitzer/Eigentümer eines Unternehmens eine Anzeige erstattet, die zu einem gerichtlichen Verfahren führte, weil eine Person, ohne zuvor nachgewiesen zu haben, die App zu nutzen, die Betriebs- und Geschäftsräume betreten hat oder betreten wollte?
- 6. Welche rechtliche Handhabe besteht, wenn Unternehmen Mitarbeitern, welche die "Stopp Corona"-App nicht nutzen, das Betreten ihrer Betriebs- bzw. Geschäftsräume verweigern?
 - a. Sind schon Verfahren gerichtlich anhängig?
 - b. Wenn ja, in welchem Bundeland?
 - c. Wenn ja, vor welchem Gericht?
 - d. Wenn ja, gegen welches Unternehmen wurde bei Gericht eine Aufhebung des wegen Nicht-Nutzung der App verhängten Betretungsverbotes eingeklagt?

e. Wenn ja, hat ein Organ/Besitzer/Eigentümer eines Unternehmens eine Anzeige erstattet, die zu einem gerichtlichen Verfahren führte, weil eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter, ohne zuvor nachgewiesen zu haben, die App zu nutzen, die Betriebs- und Geschäftsräume betreten hat oder betreten wollte?

- *7. Welche rechtliche Handhabe besteht, wenn Unternehmen Mitarbeiter, welche die "Stopp Corona"-App nicht nutzen, kündigen oder entlassen?*
- *8. Wie viele Verfahren sind wegen Kündigungen und Entlassungen schon beim Arbeits- und Sozialgericht anhängig? (Aufgelistet nach Bundesland und Unternehmen)*

Mir sind keine einschlägigen Gerichtsverfahren bekannt, wobei allerdings eine automationsunterstützte Auswertung solcher Verfahren aus der Verfahrensautomation Justiz von vornherein nicht möglich ist.

Die hier angesprochenen juristischen Themenstellungen betreffen unter anderem den sogenannten Kontrahierungszwang bzw. Fragen des Arbeitnehmerschutzes und gestalten sich in ihrer Bewertung als sehr diffizil, nicht zuletzt, weil sich erst eine Rechtsprechung bzw. Lehrmeinungen zum Einfluss gesundheitspolitischer oder gesundheitspolizeilicher Maßnahmen auf diese Rechtsinstitute entwickeln müssen. Letztlich müsste eine Beantwortung dieser Fragen im Rahmen der Interpellation auf eine Bewertung der Berechtigung einer solchen Maßnahme hinauslaufen, was dem Bundesministerium für Justiz und mir nicht zukommt.

Dr.ⁱⁿ Alma Zadić, LL.M.

