

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.70 vom 30. November 2022

BS Appellationsgericht, 2022-11-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2022.70

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.70 du 30 novembre 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.70 del 30 novembre 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Behandlung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Regierungspräsidenten vom 23. März 2022 sowie aus den §§ 10 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) und § 42 Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100). Zum Entscheid ist das Dreiergericht berufen (§ 88 Abs. 2 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Die Rekurrentin ist durch die angefochtene Verfügung, mit der ihr als Erziehungsberechtigte von B____ eine Ordnungsbusse auferlegt worden ist, unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung. Sie ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels ausdrücklicher spezialgesetzlicher Regelung nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach prüft das Gericht, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, das öffentliche Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Gemäss § 8 Abs. 5 VRPG hat das Verwaltungsgericht auch über die Angemessenheit einer Verfügung zu entscheiden, wenn diese eine Strafe verhängt (vgl. VGE VD.2010.226 vom 30. Mai 2011 E. 1.2, mit Hinweisen).

1.3 Im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren gilt dabei das Rügeprinzip. Das Gericht prüft einen angefochtenen Entscheid gestützt auf die Begründungsobliegenheit gemäss § 16 Abs. 2 Satz 1 VRPG nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen. Die Rekurrentin hat ihren Standpunkt substantiiert vorzutragen und sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 504; VGE VD.2018.140 vom 8. Mai 2019 E. 1.3 und VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3). Die Rügen sind dabei innert der Begründungsfrist mit der Rekursbegründung zu erheben. Versäumtes kann mit der Replik nicht mehr nachgeholt werden (VGE VD.2011.23 vom 22. März 2012 E. 3.3, mit Hinweisen, und 657/2008 vom 18. November 2008 E. 1.4). Zusätzliche Vorbringen sind in der Replik nur noch insoweit zulässig, als erst die Rekursvernehmlassung der Vorinstanz dazu Anlass gegeben hat (VGE VD.2012.106 vom 23. Mai 2013 E. 1.2.1, mit Hinweisen, VD.2011.23 vom 22. März 2012 E. 3.3 und 657/2008 vom 18. November 2008 E. 1.4).

E. 2

Gemäss § 2 Abs. 1 der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmengalt mit Wirkung ab dem 3. Januar 2022 in den Innenräumen der Schulen der Primarstufe eine Maskentragpflicht. Gemäss § 2 Abs. 2 lit. c der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen wurden Personen, «die nachweisen, dass sie aus besonderen Gründen, insbesondere aus medizinischen, keine Gesichtsmaske tragen können» von der Maskentragpflicht ausgenommen. Diese Regelung galt bis zum 16. Februar 2022. Gemäss § 91 Abs. 8 lit. d Schulgesetz trifft die Erziehungsberechtigten die Pflicht, ihre Kinder zum Einhalten der Regeln und Weisungen der Schule anzuhalten. Erziehungsberechtigte, die diese Pflicht wiederholt verletzen, können auf Antrag der Schulleitung vom Departementsvorsteher mit einer Ordnungsbusse von bis zu CHF 1'000.■ belegt werden (§ 91 Abs. 9 Schulgesetz).

Mit der angefochtenen Verfügung vom 10. Februar 2022 stellte sich das Erziehungsdepartement auf den Standpunkt, dass B_____ ab dem 3. Januar 2022 keine Maske getragen habe. Die Rekurrentin habe ihre Tochter B_____ seit dem 3. Januar 2022 wissentlich und willentlich nicht zum Tragen einer Maske angehalten und sie ohne Maske die Schule besuchen lassen. Den von der Rekurrentin behaupteten Maskendispens habe sie nicht in Kopie abgegeben, sodass der Schulleitung dessen Überprüfung in formeller und qualitativer Hinsicht nicht möglich gewesen sei. Sie habe damit keinen gültigen Maskendispens vorgelegt. Daraus folgte die Belegung der Rekurrentin als Erziehungsberechtigte mit einer Ordnungsbusse von CHF 250.■.

E. 3

3.1 Mit ihrem Rekurs hält die Rekurrentin dem entgegen, dass ihre Tochter wie gefordert ein qualifiziertes ärztliches Attest nachweisen könne. Dieses sei von einer Fachperson ausgestellt worden, die nach dem Medizinalberufegesetz oder dem Psychologieberufegesetz zur Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung befugt sei. Sie könne auch besondere Gründe geltend machen. Dieses Attest habe sie am 17. Januar 2022 der Klassenlehrperson und am 20. Januar 2022 der Schulleitung persönlich vorgewiesen und auf die besonderen Gründe hingewiesen. Das «Anzweifeln eines Attestes ohne konkreten Grund» verstosse gegen Treu und Glauben bzw. die Unschuldsvermutung (Rekursbegründung, S. 1 und 4). In ihrer Replik macht sie darüber hinaus geltend, es sei vorliegendin dubio pro reo für die Angeklagte zu entscheiden und der persönliche Nachweis des Attestes zu akzeptieren (Replik, S. 1).

3.2 Darin kann der Rekurrentin nicht gefolgt werden. Sie behauptet zwar, über ein gültiges Attest im Sinne von § 2 Abs. 2 lit. c der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen zu verfügen, legt dieses aber auch im vorliegenden Verfahren nicht vor. Sie macht nicht einmal geltend, welche Fachperson dieses Attest aus welchen medizinischen Gründen ausgestellt haben soll. Damit verletzt sie ihre Mitwirkungspflicht im schulrechtlichen Verfahren. In Anlehnung an Art. 13 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) sind die Parteien in einem Verfahren, bei dem sie selbständige Begehren stellen, zur Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts verpflichtet (Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 182). Vorliegend stellte die Rekurrentin im Verfahren, bei dem sie dazu angehalten wurde, ihre Tochter im Primarschulunterricht zum Maskentragen anzuhalten, einen Antrag auf Dispens von dieser allgemeinen Verpflichtung. Es kam ihr daher eine gesetzliche Mitwirkungspflicht hinsichtlich der Voraussetzungen für eine solche Dispensierung zu.

Diese Mitwirkungspflicht ergibt sich gerade auch aus dem von der Rekurrentin angeführten Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV, SR 101]) in Bezug auf Tatsachen, die für die Behörde nicht oder nur schwer zugänglich sind, sowie in Bezug auf Tatsachen, welche die Parteien besser kennen als die Behörde und die ohne die Mitwirkung der Parteien nicht oder nicht mit vertretbarem Aufwand erhoben werden können (VGE VD.2020.239 vom 22. April 2021 E. 2.5; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 464; Krauskopf/Emmenegger/Babey, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG]*, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 13 N 35-37). Bei einer Verletzung der Mitwirkungspflicht kann die Behörde grundsätzlich aufgrund der Akten entscheiden (vgl. Auer/Binder, in: Auer et al. [Hrsg.], *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar*, 2. Auflage, Zürich 2019, Art. 13 N 35 und 40; Krauskopf/Emmenegger/Babey, a.a.O., Art. 13 N 72 und 80 f.; VGE VD.2022.128 vom 29. Juli 2022 E. 4.1). Mit diesen Grundsätzen korrespondiert auch die Regelung in § 2 Abs. 2 lit. c der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen, welche die Ausnahme der Maskenpflicht explizit auf Personen beschränkt, die den Nachweis besonderer Gründe erbringen. Ohne Vorlage des geltend gemachten Dispenses und sogar ohne Kenntnis der von der Rekurrentin nicht näher bezeichneten Fachperson, welche diesen ausgestellt haben soll, war weder den Schulbehörden noch ist dem Verwaltungsgericht eine Überprüfung der formellen und materiellen Voraussetzungen für eine Dispensierung der Tochter der Rekurrentin gemäss § 2 Abs. 2 lit. c der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen möglich. Auch andere besondere Gründe im Sinne dieser Bestimmung substantiiert die Rekurrentin nicht. Sie hat daher den nach dieser Bestimmung ihr obliegenden Beweis, ihre Tochter hätte aus medizinischen oder anderen besonderen Gründen keine Gesichtsmaske tragen können, nicht erbracht ■ wie die Vorinstanz mit ihrer Vernehmlassung zutreffend geltend macht (act. 8, S. 4 f.). Im Lichte dieser Missachtung ihrer gesetzlichen Mitwirkungspflichten im schulrechtlichen Verfahren gehen im Übrigen auch die Hinweise der Rekurrentin auf die genuin strafrechtlichen Grundsätze der Unschuldsvermutung und in dubio pro reo fehl ■ wobei letzteres Vorbringen wohl infolge Verspätung bereits formell unbeachtlich wäre (siehe oben E. 3.1).

E. 4

4.1 Weiter stellt sich die Rekurrentin mit ihrem Rekurs auf den Standpunkt, dass die Maskenpflicht gemäss § 2 Abs. 1 der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen nicht rechtmässig und nicht in jedem Fall medizinisch unbedenklich sei (Rekursbegründung, act. 3, S. 1 f.).

4.1.1 Sie macht geltend, dass das durchgängige Tragen von Masken bei kleinen Kindern während des ganzen Tages einen schweren medizinischen Eingriff und damit einen schweren Grundrechtseingriff bewirke. Eine solche Massnahme dürfe nur von medizinischem Fachpersonal auf einer genügenden formell-gesetzlichen Grundlage angeordnet und durchgeführt werden. Weiter macht sie geltend, dass die Prognosen und Szenarien der Behörden betreffend das Corona-Virus sich in aller Regel vor allem auf positive PCR-Tests stützten, welche gemäss dem Bundesgericht «keine Krankheitsdiagnose und für sich allein wenig aussagekräftig» seien (Rekursbegründung, act. 3, S. 2). In ihrer Replik macht die Rekurrentin weiter geltend, die Massnahmen, namentlich das Maskentragen, hätten «nachweislich nichts gebracht» (zum Ganzen act. 12, S. 3 und 5; Beilagen zur Replik, act. 13).

4.1.2 Auch darin kann der Rekurrentin nicht gefolgt werden. Das Appellationsgericht hat als Verfassungsgericht die Verfassungsmässigkeit der streitgegenständlichen Regelung mit Urteil VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 kürzlich unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beurteilt. Es hat dabei festgestellt, dass die Pflicht zum Tragen von Gesichtsmasken eine Einschränkung des Grundrechts der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV darstellt (VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 2.2.1, mit Hinweis auf BGer 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 E. 4, 2C_111/2021 vom 26. Juli 2021 E. 1.6 sowie VGer ZH AN.2020.00016 vom 3. Dezember 2020 E. 6.2, VGE VG.2020.7 vom 31. März 2021 E. 2.2 und Cour de justice GE ACST/5/2021 vom 2. März 2021 E. 6d). Mit dem Gebot, den Bereich von Mund und Nase zu bedecken, werde eine wesentliche Möglichkeit beschränkt, sich gegenüber Dritten nonverbal zu artikulieren und sich in seiner eigenen Persönlichkeit zu präsentieren. Darin liege eine Einschränkung des grundrechtlich geschützten Anspruchs auf individuelle Lebensgestaltung (VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 2.2.1, mit Hinweis auf Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020, N 364). Das Verfassungsgericht hat sodann erwogen, dass die Pflicht zum Maskentragen in der Primarschule dabei auch den Anspruch von Kindern und Jugendlichen auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung gemäss Art. 11 Abs. 1 BV tangiert (VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 2.2.2 f.). Demgegenüber stellte das Verfassungsgericht fest, dass eine Schädlichkeit des Maskentragens in physischer Hinsicht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erstellt ist (VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 2.3.2, mit Hinweis auf BGer 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 6.4 f. und 7.2). Zwar könnten gewisse Hinweise auf nachteilige gesundheitliche Auswirkungen des Maskentragens konstatiert werden, wobei aber die bisher in Gerichtsverfahren vorgetragenen Studien nicht hinreichend wissenschaftlich belegen könnten, dass das Maskentragen bei Kindern effektiv krankheitswertige gesundheitliche Schäden verursache. Das Bundesgericht erachtete daher das Maskentragen bei gesunden Kindern ■ gerade auch in dem von der Rekurrentin selber referenzierten Entscheid ■ als medizinisch unbedenklich (BGer 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 5.6; siehe hierzu auch VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 2.3.2). Diese Beurteilung hat das Verwaltungsgericht im Verfahren VD.2022.97 auf Grundlage der dort ins Feld geführten weiteren Studien überprüft und bestätigt (VGE VD.2022.97 vom 26. November 2022 E. 3.2). Auf dieser Grundlage prüfte das Verfassungsgericht gemäss Art. 36 BV, ob die dargelegten Beschränkungen der persönlichen Freiheit durch die Pflicht zum Tragen von Gesichtsmasken im Präsenzunterricht in den ersten vier Klassen der Primarschule auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt werden und verhältnismässig sind. Es stellte hierbei fest, dass die Regelung in § 2 der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen mit Art. 40 des Epidemiengesetzes (EpG, SR 818.101) und Art. 2 der Covid-19-Verordnung besondere Lage (SR 818.101.26) auch ohne weitere formell-gesetzliche Grundlage eine hinreichende gesetzliche Grundlage aufwies (VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 3.1, mit Hinweis auf BGer 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 3.4).

Weiter erkannte das Verfassungsgericht, dass die Maskentragpflicht als Massnahme zur Pandemiebekämpfung und damit zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erlassen worden ist und damit offensichtlich ein hinreichendes öffentliches Interesse verfolgte (VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 3.2, mit Hinweis auf VGE VG.2021.1 vom 9. November 2021 E. 5.5.2 und Cour de justice GE ACST/5/2021 vom 2. März 2021 E. 15).

Schliesslich hat das Verfassungsgericht auch mit eingehender Begründung ■ auf welche vorliegend mangels konkreter Auseinandersetzung mit dieser Frage in der Rekursbegründung verwiesen werden kann ■ festgestellt, dass die Massnahme angemessen und damit verhältnismässig im engeren Sinne war (vgl. VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 3.6). Nicht gefolgt werden kann der Rekurrentin, wenn sie mit dem Hinweis, dass die Massnahme sich auf PCR-Tests stütze (Rekursbegründung, act. 3, S. 2) bzw. generell «nichts gebracht» habe (Replik, act. 12, S. 3 und 5; Beilagen zur Replik, act. 13), (implizit) deren Eignung und Notwendigkeit bestreitet. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin kann der PCR-Testung nicht jede Eignung zur Pandemiebekämpfung abgesprochen werden (VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 4.5.1, mit Hinweis auf VG.2021.1 vom 9. November 2021 E. 5.2). Die Spezifität von PCR-Tests wird nach den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen vielmehr als hoch eingestuft (VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 4.5.1, mit Hinweis auf VGer ZH VB.2021.00680 vom 25. November 2021 E. 5.2.3; Swiss National Covid-19 Science Task Force, Die verschiedenen Typen von Tests auf SARS-CoV-2, 29. Oktober 2020, <https://sciencetaskforce.ch/policy-brief/die-verschiedenen-typen-von-tests-auf-sars-cov-2>, Gillissen, Übersicht zu Sensitivität und Spezifität des SARS-CoV-2-Nachweises mittels PCR, in: Pneumo News 2020, S. 21 ff., <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7445394>). Zudem ist es notorisch, dass die Anzahl der positiven PCR-Testresultate zu keinem Zeitpunkt der Pandemiebekämpfung das einzige Element für die Risikobeurteilung und damit für die Anordnung von Massnahmen gewesen ist. Weiter ist auch erstellt, dass die Zahl der positiven PCR-Testresultate in einem Verhältnis zu den erst später feststellbaren Hospitalisierungen und Todesfällen steht und dass sie insoweit einen Indikator für die ungefähre Abschätzung der später zu erwartenden Todesfälle sowie der symptomatisch verlaufenden Fälle und Hospitalisationen bilden kann (VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 4.5.1, mit Hinweis auf VG.2021.1 vom 9. November 2021 E. 5.2.2, BGer 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.3.4, 2C_111/2021 vom 26. Juli 2021 E. 1.7 und 2C_108/2021 vom 26. Juli 2021 E. 1.9). Daran ändert auch die unbestrittene Tatsache nichts, dass ein positiver PCR-Test keine Krankheitsdiagnose und für sich allein wenig aussagekräftig ist (BGer 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 5.2, mit Hinweis auf BGE 147 I 393 E. 3.3.4). Für die Pandemiebekämpfung ist vielmehr massgeblich, dass der Test einen verlässlichen Hinweis auf eine Infektion und damit die potentielle Übertragung des Virus auf Dritte zu geben vermag (VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 4.5.1). Entgegen dem verspäteten (siehe oben E. 3.1) und unsubstantiierten Vorbringen der Rekurrentin trägt auch der Gebrauch von Gesichtsmasken nach dem aktuellen Stand des Wissens dazu bei, die Ausbreitung von Covid-19 zu beschränken. Dies wurde in der Rechtsprechung bereits verschiedentlich festgestellt (VGE VG.2021.6 vom 27. August 2022 E. 3.4, mit Hinweisen) und braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden.

E. 4.2

4.2.1 Weiter bezieht sich die Rekurrentin darauf, dass der Bundesrat im Jahre 2019 die Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» unter anderem mit dem Argument abgelehnt habe, dass es bereits heute als Nötigung gemäss Art. 181 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) strafbar sei, jemanden zu zwingen, sein Gesicht zu verhüllen (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. März 2019, letzter Absatz, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-74352.html>). Dennoch habe das Stimmvolk die Initiative angenommen und inzwischen sei dieses Gesichtsverhüllungsverbot in Art. 10a BV verankert. Dieses verfassungsrechtliche Verbot

stehe über dem Gesetz («übergeordneten Rechts bricht untergeordnetes Recht», siehe Rekursbegründung, S. 2).

4.2.2 Mit ihrer Berufung auf Art. 10a BV übersieht die Rekurrentin, dass der Gesetzgeber ■ wie von der Vorinstanz mit ihrer Vernehmlassung zutreffend geltend gemacht (act. 8, S. 3) ■ gemäss Art. 10a Abs. 3 BV vom Verbot, eine Person zur Verhüllung ihres Gesichts zu zwingen, Ausnahmen zum Schutz der Gesundheit vorsehen kann. Zudem wird die von der Rekurrentin gerügte «Nötigung» nach dem oben Gesagten (E. 4.1.2) als Mittel zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie gerechtfertigt.

E. 5

Weiter rügt die Rekurrentin, dass die angefochtene Auferlegung einer Ordnungsbusse das strafrechtliche Legalitätsprinzip verletze.

5.1 Zur Begründung macht die Rekurrentin geltend, dass es sich bei der angefochtenen Busse um eine Strafe im Sinne des StGB handle. Eine Strafe oder Massnahme dürfe nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stelle (Rekursbegründung, S. 2, mit Hinweis auf Art. 1 StGB und Art. 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK, SR 0.101]). Eine Handlung müsse daher zur Gewährleistung der Rechtssicherheit im Gesetz als strafbar bezeichnet werden, um strafrechtlich verfolgt werden zu können. Aus Art. 1 StGB folge auch das Bestimmtheitsgebot («nulla poena sine lege certa») als Teilgehalt des Legalitätsprinzips, welches eine hinreichend genaue Umschreibung der Straftatbestände verlange. Das Gesetz müsse so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen könne (Rekursbegründung, act. 3, S. 2 f., mit Hinweis auf BGE 6B_866/2016 vom 9. März 2017 E. 5.2). Soweit § 91 Abs. 8 lit. d Schulgesetz von «Pflichten der Erziehungsberechtigten» und «Regeln und Weisungen der Schule» spreche, handle es sich um eine Blankettstrafnorm, deren Begriffe unbestimmt seien und deshalb eng und damit zugunsten der Beschuldigten auszulegen seien, um eine Strafbarkeit zu begründen (Rekursbegründung, S. 3).

5.2 Darin kann der Rekurrentin nicht gefolgt werden.

5.2.1 Der in Art. 1 StGB und Art. 7 EMRK verankerte Grundsatz der Legalität wird verletzt, wenn jemand wegen einer Handlung, die im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet ist, strafrechtlich verfolgt wird oder wenn eine Handlung, deretwegen jemand strafrechtlich verfolgt wird, zwar in einem Gesetz mit Strafe bedroht ist, dieses Gesetz selber aber nicht als rechtsbeständig angesehen werden kann, oder schliesslich, wenn das Gericht eine Handlung unter eine Strafnorm subsumiert, die darunter auch bei weitestgehender Auslegung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht subsumiert werden kann (BGE 144 I 242 E. 3.1.2, 139 I 72 E. 8.2.1 und 138 IV 13 E. 4.1, je mit Hinweisen).

Der Begriff der Strafe im Sinne von Art. 7 Ziff. 1 EMRK ist autonom auszulegen. Er knüpft an eine strafrechtliche Verurteilung an. Er erfasst alle Verurteilungen, welche in Anwendung der sogenannten «Engel-Kriterien» im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK gestützt auf eine gegen eine Person erhobene strafrechtliche Anklage erfolgen. Von Bedeutung sind die Qualifikation der Massnahme im innerstaatlichen Recht, das Verfahren, in dem sie verhängt und vollstreckt wird und die Natur des Vergehens, sowie namentlich die Eingriffsschwere der Massnahme (vgl. Karpenstein/Mayer, EMRK Kommentar, 3. Aufl.,

München 2022, Art. 7 N 7 f.; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021, § 24 N 19 ff.; Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Zürich 2020, N 625; BGer 2C_522/2020 vom 1. Februar 2021 E. 3.2.1, mit Hinweis auf BGE 140 II 384 E. 3.2.1, 139 I 72 E. 2.2.2, 147 I 57 E. 4.3 und E. 5.2 sowie Urteil des EGMREngel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22). Disziplinarregelungen, mit denen den Mitgliedern besonderer Institutionen oder Berufsgattungen bestimmte Verhaltensregeln auferlegt werden, gelten in Anwendung dieser Grundsätze grundsätzlich nicht als strafrechtlich im Sinne von Art. 6 bzw. 7 EMRK, ausser wenn das pönalisierte Verhalten zugleich ein vom allgemeinen Strafrecht erfasstes Delikt darstellt oder die angedrohte Sanktion nach Art und Schwere als strafrechtlich erscheint, namentlich wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als bloss einigen Tagen in Aussicht steht (BGer 1P.102/2000 vom 11. August 2000 E. 1c/aa, mit Hinweis auf BGE 121 I 379 E. 3c/aa). Das Bundesgericht qualifiziert daher Ordnungsbussen, welche Eltern als Erziehungsberechtigten zur Durchsetzung der obligatorischen Schulpflicht auferlegt werden, aufgrund ihrer nicht nur repressiven, sondern auch koerzitiven Zwecksetzung nicht als strafrechtliche, sondern vielmehr als disziplinarrechtliche Massnahmen, soweit sie keine qualifizierenden Merkmale aufweisen. Als solche fallen sie nicht unter den Geltungsbereich von Art. 6 EMRK (BGer 1P.102/2000 vom 11. August 2000 E. 1c/bb, bestätigt in BGer 2C_522/2020 vom 1. Februar 2021 E. 3.2.2) und mithin auch nicht unter jenen von Art. 7 EMRK, weshalb diese Bestimmung vorliegend auch nicht direkt zur Anwendung kommt.

Auch Art. 1 StGB findet selbst auf eigentliche Strafbestimmungen des kantonalen Rechts keine unmittelbare Anwendung. Die Rechtsprechung leitet aber die Geltung des Legalitätsprinzips im kantonalen Strafrecht direkt aus Art. 5 Abs. 1 BV ab (Popp/Berkemeier, in: Basler Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 1 StGB N 10, mit Hinweis auf BGer 6B_702/2016 vom 19. Januar 2017 E.2.2, 6B_385/2017 vom 19. Januar 2017 E. 2.2, 6B_385/2008 vom 21. Juli 2008 E. 3.1 sowie BGE 129 IV 276 E. 1.1.1). Daraus folgt allgemein, dass sich ein staatlicher Akt auf eine materiellrechtliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist (BGE 130 I 1 E. 3.1).

5.2.2 Gemäss § 91 Abs. 9 i.V.m. Abs. 8 lit. d Schulgesetz können Erziehungsberechtigte, die ihre Pflicht, ihre Kinder zum Einhalten der Regeln und Weisungen der Schule anzuhalten, wiederholt verletzen, auf Antrag der Schulleitung oder der Leitung Volksschulen bzw. der zuständigen Stelle der Gemeinde mit einer Ordnungsbusse von bis zu CHF 1'000.■ belegt werden. Mit § 2 der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen hat der Regierungsrat die Anordnung getroffen, dass per 3. Januar 2022 in den Innenräumen von Schulen der Primarstufe für alle Personen eine Maskenpflicht gilt. Der Rekurrentin war diese Regel bekannt, wie aus ihren eigenen Schreiben vom 3. und 7. Januar 2022 hervorgeht (act. 13, S. 1, sowie act. 9/2). Mit Schreiben vom 17. Januar 2022 wurde die Rekurrentin durch die Leiterin Stab Volksschulen darauf hingewiesen, dass es sich bei der Maskentragpflicht um eine Regel der Schule handle, zu deren Einhaltung sie ihre Tochter als Erziehungsberechtigte gemäss § 91 Abs. 8 lit. d Schulgesetz anzuhalten habe, und deren wiederholte Verletzung mit einer Ordnungsbusse gemäss § 91 Abs. 9 Schulgesetz belegt werden könne (act. 9/6). Mit Schreiben vom 21. Januar 2021 informierte der Stab Volksschulen die Rekurrentin darüber, dass die Maskentragpflicht solange bestehe, als der geltend gemachte Maskendispens von der Schulleitung oder dem Kinder- und Jugendgesundheitsdienst nicht als formell und qualitativ ausreichend beurteilt werden

könne (act. 9/7). Mit Schreiben vom 28. Januar 2022 nahm die Rekurrentin im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs auf die Regelung in § 2 der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen Bezug und machte geltend, dass sie am 20. Januar 2022 ein ärztliches Attest zur Begründung eines Dispenses vorgewiesen habe (act. 9/9). Daraus folgt, dass eine klare verordnungsrechtliche Schulregel über das Maskentragen bestand, deren Inhalt der Rekurrentin bekannt war. Auf diese Regel nimmt die Regelung über die Belegung mit einer Ordnungsbusse gemäss § 91 Abs. 9 i.V.m. Abs. 8 lit. d Schulgesetz Bezug. Diese Regelung ist daher hinreichend bestimmt, sodass die Rekurrentin ihr Verhalten entsprechend ausrichten konnte und somit Rechtssicherheit bestand.

5.2.3 Zur Einhaltung des Gesetzmässigkeitsprinzips und des Bestimmtheitsgebots nicht notwendig ist, dass der Inhalt aller Regeln, welche nach dieser formellgesetzlichen Regelung geahndet werden können, bereits im Gesetz selbst umschrieben sind. Wie ausgeführt (vgl. oben E. 4.1.2), beruht § 2 der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage und wurde kompetenzkonform vom Regierungsrat erlassen. Da es sich bei der Pflicht zum Maskentragen nicht um einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit und den Anspruch von Kindern und Jugendlichen auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung handelte, verlangte auch die Einschränkung dieser Grundrechte entgegen der Auffassung der Rekurrentin keine formellgesetzliche Grundlage im Gesetz selbst (vgl. BGer 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 3.4. sowie oben E. 4.1.2).

E. 6

6.1 Für den Fall der Bejahung der Strafkompentenz der Schulbehörden beruft sich die Rekurrentin auf einen Notstand als Rechtfertigungsgrund für das Verweigern des Tragens einer Maske. Sie könne sich als Erziehungsberechtigte auf höherwertige, von ihr zu wahrende Interessen berufen. Sie bezieht sich dabei auf das Kindeswohl als oberste Richtschnur ihres Handelns bezüglich ihrer Kinder (vgl. Art. 296 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB, SR 210]), welches auch völkerrechtlich garantiert sei (Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes [UNO-Kinderrechtskonvention, KRK, SR 0.107]; siehe zum Ganzen Rekursbegründung, S. 3). In ihrer Replik zur Vernehmlassung macht sie daneben eine Aussetzung gemäss Art. 127 StGB geltend, soweit für ihre Tochter eine Maskenpflicht bestanden habe, bis der Maskendispens nicht von der Schulleitung oder dem Kinder- und Jugendgesundheitsdienst beurteilt werden konnte (zum Ganzen act. 12, S. 1 ff.)

6.2 Mit § 2 Abs. 2 lit. c der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen werden Kinder, die nachweisen, dass sie aus besonderen Gründen, insbesondere aus medizinischen, keine Gesichtsmaske tragen können, von der Maskenpflicht ausgenommen. Damit wird der Wahrung überwiegender gesundheitlicher Interessen einzelner Kinder, welche dem allgemeinen Interesse an der Eindämmung der Übertragung und Verbreitung des neuen Coronavirus vorgehen, Rechnung getragen. Die Rekurrentin hatte daher keinen Anlass, im Sinne eines Notstandes § 91 Abs.

E. 8

Schulgesetz zu verletzen, um ihre Tochter aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten. Die von ihr geltend gemachte Gefahr für ihre Tochter hätte sie rechtskonform abwenden können, indem sie der Schulleitung ein gültiges ärztliches Attest zum Nachweis gemäss § 2 Abs. 2 lit. c der Covid-19-Verordnung zusätzliche

Massnahmen zur formellen und materiellen Prüfung vorgelegt hätte. Weil sie hierauf aber verzichtete, kann sie sich nicht auf einen Notstand berufen.

Im Übrigen können sich Eltern auch nicht nach eigenem Gutdünken auf das Kindeswohl berufen, um sich nicht an Regeln und Weisungen der Schule zu halten. Soweit sie eine Kindeswohlgefährdung sehen, haben sie diese vielmehr in den gesetzlich vorgesehenen Verfahren geltend zu machen. Vorliegend wäre dies der Rekurrentin mit der Vorlage eines ärztlichen Attestes möglich gewesen, welches die geltend gemachten, konkreten medizinischen Gründe, die ihre Tochter am Tragen einer Maske hindern sollen, belegt. Mit dem Maskentragen allenfalls verbundene bloss Unannehmlichkeiten, welche das Ausmass eines Ausnahmegrundes im Sinne von § 2 Abs. 2 lit. c der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen nicht erreichen, bewirken keine Kindeswohlgefährdung, welche von der Einhaltung von Pandemieschutzvorkehrungen dispensieren würde. Dass das Maskentragen höchststrichterlich als medizinisch unbedenklich eingestuft wurde, ist bereits aufgezeigt worden (siehe oben E. 4.1.2.). Vor diesem Hintergrund ist auch die von der Rekurrentin ■ ohnehin verspätet vorgebrachte (siehe oben E. 3.1) ■ «Aussetzung» im Sinne von Art. 127 StGB nicht erkennbar.

7.

Schliesslich macht die Rekurrentin die Unangemessenheit ihrer Belegung mit der verfügbaren Ordnungsbusse und mithin eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes geltend.

7.1 Zunächst bestreitet sie die Verhältnismässigkeit des Erlasses einer Ordnungsbusse bereits im Grundsatz.

7.1.1 Zur Begründung macht sie geltend, dass die Bussenverfügung vom 10. Februar 2022 datiere. Bereits am 2. Februar 2022 habe der Bundesrat die Homeoffice-Pflicht und die Kontaktquarantäne aufgehoben und verlauten lassen, dass er auch die umfassende Aufhebung von Massnahmen vorsehe (vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 2. Februar 2022, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-87041.html>). Die Corona-Variante «Omikron» habe sich als viel harmloser erwiesen, als ursprünglich von den Behörden befürchtet, weshalb mit bundesrätlichem Entscheid vom 16. Februar 2022 fast alle Covid-19-Massnahmen aufgehoben worden seien. Diese neue Tatsache sei den Behörden beim Erlass der Bussenverfügung am 10. Februar 2022 längst bekannt gewesen (Rekursbegründung, act. 3, S. 3).

7.1.2 Gemäss Art. 40 Abs. 1 und 2 EpG ordnen die zuständigen kantonalen Behörden Massnahmen wie Vorschriften zum Betrieb von Schulen an, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten in der Bevölkerung oder in bestimmten Personengruppen zu verhindern. Diese Massnahmen dürfen nur so lange dauern, wie es notwendig ist, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern. Sie sind daher regelmässig zu überprüfen (Art. 40 Abs. 3 EpG). Bereits daraus folgt, dass die Rekurrentin aus dem Umstand, dass die Maskenpflicht in der Primarschule bereits mit Wirkung per 17. Februar 2022 aufgehoben worden ist, nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Es kann auch nicht gesagt werden, dass die sogenannten Omikron-Welle insgesamt harmlos gewesen wäre. So wurden bereits am 18. November 2021 schweizweit bei 69 Neueintritten 756 Personen wegen Covid-19 in Spitälern behandelt, wovon 148 Personen eine Intensivbehandlung benötigten. In basel-städtischen Spitälern befanden sich 60 Patientinnen und Patienten, davon

E. 11

auf der Intensivstation. Die Zahl der Hospitalisierungen stieg dabei seit Mitte Oktober 2021 markant (vgl. BAG Informationen zur aktuellen Lage, Stand 18. Februar 2022, Demografie, Laborbestätigte Hospitalisationen, Schweiz und Liechtenstein 11.10.2021 bis 13.02.2022, <https://www.covid19.admin.ch/de/epidemiologic/case>). In diesem Umfeld ist die bis dahin in ihren Auswirkungen noch wenig erforschte Omikron-Variante von Covid-19 aufgetreten. Es muss daher berücksichtigt werden, dass bei Epidemieschutzmassnahmen naturgemäss eine gewisse Unsicherheit bezüglich der zukünftigen Wirkung einer bestimmten Massnahme ■ etwa hinsichtlich der Ursachen, Folgen und der geeigneten Bekämpfungsmassnahmen bei neu auftretenden Infektionskrankheiten ■ bestehen (BGer 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 4.7, 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.6, mit weiteren Hinweisen). Solange solche Unsicherheiten vorliegen, ist es nicht ins Belieben der Einzelnen gestellt, sich an rechtmässige Massnahmen zu halten oder darauf aufgrund ihrer eigenen Auffassung zu verzichten. Selbst wenn sich nachträglich feststellen liesse, dass eine rechtmässige Massnahme nicht wirksam oder notwendig gewesen sein sollte, kann ihre Missachtung geahndet werden.

7.2 Kann die sogenannte Omikron-Variante somit in diesem Sinne nicht als harmlos bezeichnet werden, fehlt auch der Rüge der fehlenden Verhältnismässigkeit der Höhe der Ordnungsbusse von CHF 250.■ (Rekursbegründung, S. 4) vor dem Hintergrund des Rahmens gemäss § 91 Abs. 9 Schulgesetz, welcher bis zu CHF 1'000.■ geht, die Grundlage.

8.

Aus dem Erwogenen folgt, dass der Rekurs abzuweisen ist. Zuzufolge ihres Unterliegens hat die Rekurrentin gemäss § 30 Abs. 1 VRPG die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahrens zu tragen. Die Gerichtskosten werden in Anwendung von § 23 Abs. 1 des Reglements über die Gerichtsgebühren (GGR, SG 154.810) auf CHF 1'200.■ festgesetzt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.