

NW_GERICHTE 28556 vom 22. Oktober 2021

NW Gerichte, 2021-10-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_28556

FR: NW_GERICHTE 28556 du 22 octobre 2021

IT: NW_GERICHTE 28556 del 22 ottobre 2021

Regeste

Unbefugtes Nichttragen einer Gesichtsmaske im öV (SA 21 11)

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist das Urteil SE 21 16 des Kantonsgerichts Nidwalden, Strafabteilung/Einzelgericht, vom 10. Juni 2021 betreffend unbefugten Nichttragens einer Gesichtsmaske in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs. Gegen erstinstanzliche Urteile, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird, ist das Rechtsmittel der Berufung zulässig (Art. 398 Abs. 1 StPO). Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden ist das Obergericht Nidwalden, Strafabteilung (Art. 29 Gerichtsgesetz [GerG; NG 261.1]), das in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 22 Ziff. 2 GerG). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Obergerichts ist somit gegeben. Jede Partei und somit auch die beschuldigte Person, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat, kann ein Rechtsmittel ergreifen (Art. 382 Abs. 1 StPO). Der Berufungskläger wurde mit vorinstanzlichem Urteil des unbefugten Nichttragens einer Gesichtsmaske in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs schuldig gesprochen und mit einer Busse bestraft. Damit hat er ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Kantonsgerichtsurteils. Der Berufungskläger ist somit zur Berufung legitimiert. Die StPO sieht für die Einlegung der Berufung ein zweistufiges Verfahren vor (Art. 399 StPO). Nach Art. 399 Abs. 1 StPO ist die Berufung dem erstinstanzlichen Gericht innert zehn Tagen seit Eröffnung des Urteils schriftlich oder mündlich zu Protokoll anzumelden. Nach Ausfertigung des begründeten Urteils übermittelt das erstinstanzliche Gericht die Anmeldung zusammen mit den Akten dem Berufungsgericht (Art. 399 Abs. 2 StPO). Die Partei, die Berufung angemeldet hat, reicht dem Berufungsgericht innert 20 Tagen seit der Zustellung des begründeten Urteils eine schriftliche Berufungserklärung ein (Art. 399 Abs. 3 StPO). Die Vorinstanz versandte das Urteilsdispositiv am 10. Juni 2021, welches dem Berufungskläger am 12. Juni 2021 zugestellt wurde. Der Berufungskläger meldete am 19. Juni 2021 Berufung an. Die Vorinstanz versandte das begründete Urteil am 12. Juli 2021, welches dem Berufungskläger am 13. Juli 2021 zugestellt wurde. Die schriftliche Berufungserklärung des Berufungsklägers ging am 15. Juli 2021 innert noch laufender Frist beim Obergericht ein. Die Berufung wurde somit form- und fristgerecht erhoben. Da die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

5■19

E. 1.2

Im Rahmen einer Berufung prüft das Obergericht den vorinstanzlichen Entscheid grundsätzlich frei bezüglich sämtlicher Tat-, Rechts- oder Ermessensfragen (Art. 398 Abs. 3 StPO). Bildeten ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so kann mit der Berufung allerdings nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO). Neu im Sinne dieser Bestimmung sind Tatsachen und Beweise, die im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht wurden. Die Berufungsinstanz entscheidet also aufgrund der bereits vor erster Instanz vorgebrachten Behauptungen und der bestehenden Beweisgrundlage. Die inhaltliche Beschränkung des Berufungsthemas beschlägt die volle Kognition der Berufungsinstanz zur Überprüfung von Rechtsfragen nicht (vgl. LUZIUS EUGSTER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK-StPO, 2. A., 2014, N 3a zu Art. 398 StPO).

E. 2

Dem Berufungskläger war im – später als Anklage überwiesenen – Strafbefehl vom 22. Februar 2021 folgender Sachverhalt zur Last gelegt worden: « Am Freitag, 29. Januar 2021 um 13.17 Uhr reiste [der Berufungskläger] mit dem Zug Nr. 21547 (Giswil-Luzern) Richtung Luzern. Während dieser Fahrt unterliess es [der Berufungskläger] (in Hergiswil) willentlich, ordnungsgemäss eine Gesichtsmaske zu tragen. » Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Urteil, dass der Berufungskläger den Sachverhalt nicht bestreite und stellte darauf ab (dort E. 2 S. 4-6). Nachdem der Berufungskläger diese Sachverhaltsfeststellungen hier ebenfalls nicht in Frage stellt respektive selbst von einem unbestrittenen Sachverhalt spricht (vgl. Berufungsbegründung vom 2. August 2021 Ziff. 6 S. 3), kann an dieser Stelle auf die tatsächliche Würdigung der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Sachverhalt ist demnach wie angeklagt erstellt.

E. 3.1

Die Vorinstanz erwog, dass der Bundesrat in der besonderen Lage der Covid-19-Epidemie gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. b Epidemiengesetz (EpG; SR 818.101) dazu befugt sei, Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, wie sie insbesondere in Art. 40 Abs. 2 lit. b EpG vorsehen seien, selbst anzuordnen. Davon habe der Bundesrat mit dem Erlass der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom

6■19 19. Juni 2020 (aCovid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26 [Stand am 31. Mai 2021]) Gebrauch gemacht. Mit Art. 83 Abs. 1 lit. j, Art. 6 Abs. 2 lit. b sowie Art. 40 Abs. 2 EpG in Verbindung mit Art. 3a aCovid-19-Verordnung besondere Lage bestehe eine rechtsgenügeliche Grundlage, welche zum Tragen einer Maske im öffentlichen Verkehr verpflichte und ein Verstoß dagegen als Übertretung mit einer Busse bestraft sei. Die genannten Bestimmungen seien im Zeitpunkt der vorliegenden Tat allesamt in Kraft gewesen. Die von der Staatsanwaltschaft genannte Strafbestimmung Art. 13 lit. f aCovid-19-Verordnung besondere Lage sei hingegen erst am 1. Februar 2021, mithin nach dem vorliegenden Tatzeitpunkt in Kraft getreten, womit sie grundsätzlich nicht zur Anwendung gelange (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 333 Abs. 1 StGB), es sei denn, dass das neue Gesetz das mildere sei (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 333 Abs. 1 StGB). Faktisch sei der Höchstbetrag der neuen Strafbestimmung durch die Aufnahme im Anhang 2 zur Ordnungsbussenverordnung vom 16. Januar 2019 (OBV, SR 314.11) auf den dort

vorgesehenen Betrag von Fr. 100.– (Pos. 16003) begrenzt worden. Vor diesem Hintergrund erweise sich die neue Strafbestimmung von Art. 13 lit. f aCovid-19-Verordnung besondere Lage als das mildere Recht, weshalb sie zur Anwendung gelange und was bei der allfälligen Bestimmung der Bussenhöhe zu berücksichtigen sei (zum Ganzen: Urteil SE 21 16 E. 3.1 und

E. 3.2

Der Berufungskläger wendet hiergegen mit seiner Berufung ein, dass das Abweichen vom Wortlaut ein Verstoss gegen das strafrechtliche Analogieverbot darstelle (nachfolgende E. 4.1) und dass vor dem 1. Februar 2021 begangene Maskenpflichtverletzungen ohne Verletzung des «nulla poena sine lege»-Grundsatzes per se nicht sanktionierbar seien (nachfolgende E. 4.2). Weiter lasse das schweizerische Gesetzes- und Verfahrensrecht ganz grundsätzlich keine Notverordnungen zu, die – ohne parlamentarische Genehmigung – länger als sechs

8■19 Monate in Kraft seien, womit der Verstoss gegen entsprechende, in sich rechtswidrige Notverordnungsbestimmungen strafrechtlich nicht durchsetzbar sei (nachfolgende E. 4.3). Zuletzt sei die Eignung der Maskenpflicht bereits Ende Januar 2021 jedenfalls in Bezug auf spontane Alltagskontakte wie im öffentlichen Verkehr (ohne längeren Aufenthalt an einem Ort mit ein- und derselben Person) wissenschaftlich genügend widerlegt gewesen, damit die Massnahme nicht mehr als verhältnismässig im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV (nachfolgende E. 4.4).

E. 4.1.1

Der Berufungskläger moniert zunächst, dass zweifelhaft sei, ob das Abweichen vom Wortlaut – indem die Vorinstanz annimmt, dass nicht bloss das Nicht-Tragen einer Maske, sondern auch das «Nicht-über-der-Nase-Tragen» der Maske tatbestandsmässig sei – vor dem strafrechtlichen Analogieverbot Stand hält.

E. 4.1.2

Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt (Art. 1 StGB). Nach dem Bestimmtheitsgebot muss die Straftat im Gesetz klar umrissen sein. Die Schaffung neuer Strafbestimmungen mittels Analogieschluss ist unzulässig. Entscheidend ist aber die Ermittlung des verbindlichen Sinnes einer Rechtsnorm. Massgebend ist nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern dessen Sinn, der sich namentlich aus den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen ergibt, im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann (DAMIAN K. GRAF, in: Derselbe [Hrsg.], Annotierter Kommentar StGB, 1. A., 2020, N 7 zu Art. 1 StGB m.w.H.). Das Analogieverbot verbietet einzig, über den dem Gesetz bei richtiger Auslegung zukommenden Sinn hinauszugehen, also neue Straftatbestände zu schaffen oder bestehende derart zu erweitern, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt ist (GRAF, a.a.O., N 14 zu Art. 1 StGB m.w.H.). Das Bestimmtheitsgebot verlangt, dass nur ein hinreichend klar und bestimmt formuliertes Gesetz einen Straftatbestand bilden und eine Strafe androhen darf. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen, sondern ist abhängig von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung (GRAF, a.a.O., N 18 zu Art. 1 StGB m.w.H.).

E. 4.1.3

Art. 40 Abs. 1 EpG sieht vor, dass die zuständigen kantonalen Behörden Massnahmen anordnen können, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten in der Bevölkerung oder in bestimmten Personengruppen zu verhindern. Sie können insbesondere folgende Massnahmen treffen: a. Veranstaltungen verbieten oder einschränken; b. Schulen, andere öffentliche Institutionen und private Unternehmen schliessen oder Vorschriften zum Betrieb verfügen; c. das Betreten und Verlassen bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmte Aktivitäten an definierten Orten verbieten oder einschränken (Art. 40 Abs. 2 EpG). Liegt eine besondere Lage gemäss Art. 6 Abs. 1 EpG vor, liegt die Kompetenz zur Anordnung von Massnahmen gegenüber der Bevölkerung beim Bundesrat (Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG). Davon machte der Bundesrat mit Hinblick auf die Covid-19-Pandemie verschiedentlich Gebrauch. Hier relevant hatten gemäss der am 29. Januar 2021 geltenden Fassung der aCovid-19-Verordnung besondere Lage u.a. folgende Massnahmen gegenüber Personen Bestand: Reisende in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs wie Zügen, Strassenbahnen, Bussen, Schiffen, Luftfahrzeugen und Seilbahnen mussten eine Gesichtsmaske tragen (Art. 3a Abs. 1 Satz 1 aCovid-19-Verordnung besondere Lage). Offenkundig unbegründet ist die Beanstandung, die Vorinstanz habe durch die Bejahung der Subsumtion des «Nicht-über-der-Nase-Tragen» unter den genannten Straftatbestand einen unzulässigen Analogieschluss vorgenommen. Aus der herleitenden Begründung der Vorinstanz erhellt, dass diese zunächst den Zweck der Maskentragepflicht ergründet hat. Namentlich ist sie davon ausgegangen, dass die in der bundesrätlichen aCovid-19-Verordnung besondere Lage angeordneten Massnahmen, insbesondere die Maskenpflicht in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs, der Verhinderung der Verbreitung des Coronavirus und dem Unterbruch der Übertragungsketten dienen. Die Maskenpflicht könne dem angestrebten Sinn und Zweck nur dann dienen, wenn die Maske auch korrekt, über Mund und Nase, getragen werde (SE 21 16 E. 3.3.2 S. 11). Mit dieser Interpretation der Maskentragepflicht bewegt sich die Vorinstanz nicht nur nahestmöglich am Wortlaut der Covid-19-Gesetzgebung (vgl. insbesondere Art. 1 Abs. 2 aCovid-19-Verordnung besondere Lage), sie verfolgt damit eine auch unter teleologischen, historischen respektive geltungszeitlichen Auslegungs-Gesichtspunkten vertretbare Rechtsauffassung, zumal es sich beim Covid-19 notorisch um eine ansteckende Virus-Krankheit (SARS-CoV-2-Virus) handelt, deren Erreger hauptsächlich – wenn nicht gar ausschliesslich – über die Atemwege übertragen werden. Weder hat die Vorinstanz damit einen neuen Straftatbestand geschaffen noch den bestehenden (Art. 3a Abs. 1 Satz 1 aCovid-19-

10■19 Verordnung besondere Lage) in einer Weise erweitert, dass diese Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt wäre. Dass ein (unzulässiger) Analogieschluss vorläge, ist entsprechend zu verneinen.

E. 4.2.1

Der Berufungskläger erläutert weiter, dass die Anwendung von Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG auf Maskenpflichtverletzungen per se gegen Art. 1 StGB verstosse. Diese Bestimmung sehe die Bestrafung von Personen vor, welche sich Massnahmen gegenüber der Bevölkerung nach Art. 40 EpG widersetzen. Als mögliche Massnahmen würden zwar Schulschliessungen und Veranstaltungsverbote genannt, nicht aber die Maskenpflicht. Zwar sei unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten eine Maskenpflicht als mildere Massnahme trotz

fehlender Nennung erlaubt. Strafrechtlich sei ein solcher Schluss aber unzulässig. Art. 83 Abs. 1 lit. j in Verbindung mit Art. 40 EpG erlaube zwar eine Bestrafung für die Widersetzung gegen eine Schulschliessung oder ein Verbot, nicht aber für Maskenpflichtverletzungen.

E. 4.2.2

Art. 1 StGB statuiert das Legalitätsprinzip für das Strafrecht des Bundes und zwar nicht nur für das StGB, sondern auch für das Nebenstrafrecht (PETER BOPP/ANNE BERKEMEIER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK-StGB I, 4. A., 2019, N 8 ff. zu Art. 1 StGB). Eine jede Strafe bedarf einer schriftlichen rechtlichen Grundlage (GRAF, a.a.O., N 4 zu Art. 1 StGB). Für jede Strafe, die einen Freiheitsentzug mit sich bringt, ist aufgrund des schweren Eingriffs in die persönliche Freiheit eine klare Grundlage in einem formellen Gesetz verlangt. Für andere Strafen genügt dagegen eine Verordnung, die sich im Rahmen von Verfassung und Gesetz hält (BGE 124 IV 23 E. 1; GRAF, a.a.O., N 4 zu Art. 1 StGB). Das strafbare Verhalten müsste dabei wenigstens in Umrissen bereits als gesetzliches Verbot definiert sein. Indes genügen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch pauschale Strafnormen, sog. Blankettstrafgesetze, die nur den Strafraumen bestimmen, deren Tatbestand jedoch den sogenannten ausfüllenden Normen im nachgeordneten Verordnungsrecht entnommen werden müssen (BOPP/BERKEMEIER, a.a.O., N 29 zu Art. 1 StGB mit Beispielen und Rechtsprechungshinweisen).

E. 4.2.3

Die Auffassung des Berufungsklägers, wonach Art. 83 Abs. 1 lit. j in Verbindung mit Art. 40 EpG keine Bestrafung wegen Widersetzung gegen eine angeordnete Maskenpflicht erlaube,

11■19 ist unzutreffend. Zunächst ist hervorzuheben, dass die Grundlage der hier zur Diskussion stehenden Strafe Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG bildet, welcher die Bestrafung von sich gegen Massnahmen nach Art. 40 EpG widersetzenden Personen vorsieht. Nach der dem Gesetz zugrundeliegenden Systematik ist jede Widersetzung gegen eine nach Art. 40 EpG zulässige Massnahme strafbetreffend. Die Kompetenznorm für die Anordnung von Massnahmen des Bundes gegen die Bevölkerung ist Art. 6 Abs. 2 lit. a und b in Verbindung mit Art. 40 Abs. 1 EpG. Der Abs. 2 dieser Bestimmung listet lediglich punktuell Massnahmen auf, welche insbesondere getroffen werden können, was nichts anderes heisst, als dass die Aufzählung nicht abschliessend ist (so auch das Bundesgericht im Urteil 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 E. 5.3.1 [«Cela signifie bien que la liste de l'art. 40 al. 2 LEp n'est nullement exhaustive»]) und es im Einzelfall der zuständigen Behörde obliegt, die nach Abs. 1 notwendigen Massnahmen gegenüber der Bevölkerung zu eruieren. Der Begriff der Massnahme ist mit anderen Worten unbestimmt, womit der zuständigen Behörde – hier dem Bundesrat – ein Ermessensspielraum eingeräumt wird (vgl. etwa ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., 2020, N 413 ff.). Dass eine Gesichtsmaskenpflicht im öffentlichen Verkehr als sachlich und örtlich beschränkte Massnahme zur Verhinderung einer hauptsächlich über die Respirationsorgane übertragbaren Viruskrankheit noch in diesem gesetzlich definierten Ermessensspielraum liegt und es sich damit um eine nach Art. 40 Abs. 1 EpG zulässige Massnahme handelt, ist offensichtlich (vgl. wiederum auch das Urteil des Bundesgerichts 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 E. 5.1). Schliesslich ist die gewählte Massnahme weit weniger einschneidend als die in Art. 40 Abs. 2 EpG exemplarisch genannten. Dass eine

Widerhandlung gegen diese (zulässige) Massnahme nach Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG als eine Übertretung mit Busse geahndet wird, ist mit Blick auf Art. 1 StGB nicht zu beanstanden. Hinsichtlich Massnahmen gegenüber der Bevölkerung in einer besonderen Lage gemäss Art. 6 Abs. 1 EpG verfügt der Bundesrat über eine in einem formellen Gesetz vorgesehene Verordnungscompetenz (Art. 6 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 40 Abs. 1 EpG), der Übertretungsstraftatbestand selbst findet sich ebenfalls in einem formellen Gesetz (Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG). Auch spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, dass sich die Maskenpflicht erst aus einer normausfüllenden Ausführungsbestimmung (Art. 3a Abs. 1 Satz 1 aCovid-19-Verordnung besondere Lage) ergibt und die Strafbestimmung selbst auf die Strafandrohung (Busse) und eine teilweise-konkrete Umschreibung des Unrechts (Widersetzung gegen Massnahmen gemäss Art. 40 EpG) beschränkt ist. Wie dargestellt ist dies nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig (vorne E. 4.2.2). Ebenso ohne eigenständige Bedeutung ist, dass Art. 40 Abs. 1 EpG lediglich von den zuständigen kantonalen Behörden spricht. Diese Formulierung liegt darin begründet, dass die Bekämpfung

12■19 von übertragbaren Krankheiten des Menschen im Regelfall bei den Kantonen liegt (Art. 31 Abs. 1 EpG) und der Bund über bloss punktuelle Kompetenzen verfügt. Findet aufgrund einer besonderen oder ausserordentlichen Lage kraft Art. 6 oder Art. 7 EpG eine Kompetenzverschiebung statt, richten sich die Art. 31 ff. EpG nunmehr – trotz gegenteiligem Wortlaut – nicht mehr an die kantonalen, sondern an die Bundesexekutive (so auch: Botschaft vom 3. Dezember 2010 zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen, BBl 2010 S. 364 f. Ziff. 2.1). Ein Verstoß gegen Art. 1 StGB liegt zusammengefasst nicht vor.

E. 4.3.1

Weiter macht der Berufungskläger geltend, dass der Bundesrat seine aCovid-19-Verordnung besondere Lage nicht befristet habe. Jede Norm in einer Notverordnung sei zu befristen, an- sonsten sie sich als gesetz- und verfassungswidrig und infolge der Normenhierarchie als nicht anwendbar erweise. Die aCovid-19-Verordnung besondere Lage sei im relevanten Deliktszeit- punkt (29. Januar 2021), bereits länger als sechs Monate in Kraft gewesen, womit sie – und die darin vorgesehene Maskenpflicht – spätestens am 9. Januar 2021 automatisch ausser Kraft getreten sei, da deren Beibehaltung vom Bundesparlament nie abgesegnet worden sei (Art. 7d Abs. 2 lit. a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz [RVOG; SR 172.010])

E. 4.3.2

Der Bundesrat trifft Massnahmen zur Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz. Er trifft Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit. Er kann, unmittelbar gestützt auf diesen Artikel, Verordnungen und Verfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. Solche Verordnungen sind zu befristen (Art. 185 Abs. 1-3 BV). Der Bundesrat kann, unmittelbar gestützt auf Artikel 185 Absatz 3 der Bundesverfassung, eine Verordnung erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen (Art. 7d Abs. 1 RVOG). Die Verordnung tritt ausser Kraft: a. sechs Monate nach ihrem Inkrafttreten, wenn der Bundesrat bis dahin der Bundesversammlung keinen Entwurf unterbreitet: 1. einer gesetzlichen Grundlage für den

Inhalt der Verordnung, oder 2. einer Verordnung der Bundesversammlung gemäss Artikel 173 Absatz 1 Buchstabe c der Bundesver-

13■19 fassung, welche die Verordnung des Bundesrates ersetzt; b. nach der Ablehnung des Entwur- fes durch die Bundesversammlung; oder c. wenn die gesetzliche Grundlage oder die sie er- setzende Verordnung der Bundesversammlung in Kraft tritt (Art. 7d Abs. 2 RVOG).

E. 4.3.3

Die aCovid-19-Verordnung besondere Lage, namentlich der hier relevante Art. 3a Abs. 1 aCovid-19-Verordnung besondere Lage erliess der Bundesrat gestützt auf die ihn hierzu ermächtigende Kompetenznorm Art. 6 Abs. 2 EpG. Es handelt sich demnach nicht um eine (Not-)Verordnung im Sinne von Art. 185 Abs. 3 BV. Art. 7 Abs. 2 RVOG findet keine Anwendung. Für die Gültigkeit der aCovid-19-Verordnung respektive der hier relevanten Maskenpflicht ist demnach unerheblich, ob die Verordnung befristet war oder nicht. Entgegen der berufungsklägerischen Suggestion ergibt sich auch aus Art. 40 Abs. 3 EpG keine «Befristungspflicht» (so auch: BGE 147 I 450 E. 3.3.6). Der Bestimmung ist auch bei unbefristeten Verordnungen respektive Massnahmen Genüge getan, sofern diese regelmässig überprüft und an die (geänderten) Verhältnisse angepasst werden. Bei der Covid- 19-Gesetzgebung und den in diesem Zusammenhang getroffenen Massnahmen war dies – was notorisch ist – der Fall. Im hier relevanten Zeitpunkt (29. Januar 2021) befand sich die Schweiz im Übrigen noch in einer besonderen Lage gemäss Art. 6 Abs. 1 EpG, womit im Mindesten ohnehin noch Anlass für «milde» Massnahmen – wie es die Gesichtsmaskenpflicht in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs zweifelsohne eine ist – bestand.

E. 4.4.1

Zuletzt rügt der Berufungskläger eine Verletzung von Art. 36 Abs. 3 BV durch die Maskenpflicht, zumindest bei ÖV-Kurzstrecken. Selbst nach offiziellen WHO-Definitionen würde eine erhöhte Covid-19-Ansteckungsgefahr erst bei einer Exposition mehrerer Leute von länger als 15 Minuten Dauer und weniger als 1.5 Meter Abstand vorliegen. Es seien zudem diverse Stu- dien erschienen, welche die Wirksamkeit von Masken in unterschiedlicher Hinsicht in Frage stellen würden.

E. 4.4.2

Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle erns- ter, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr. Einschränkungen von Grundrechten

14■19 müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter ge- rechtfertigt sein. Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein. Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar (Art. 36 Abs. 1-4 BV). Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwenden- den Behörden massgebend (Art. 190 BV). Sie sind mit anderen Worten «immunisiert» und stets anzuwenden, dies selbst dann, wenn sie sich als verfassungswidrig erweisen sollten (GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. A., 2017, N 2, 6 und 10; BOPP/BERKEMEIER, a.a.O., N 30 zu Art. 1 StGB).

E. 4.4.3

Zur Debatte steht eine Bestrafung des Berufungsklägers gestützt auf das Epidemien-gesetz, namentlich Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG. Die Bestrafung von Widersetzungen gegen behördlich an-geordnete Massnahmen beruht demnach direkt auf einem Bundesgesetz, welches für die Strafgerichte massgebend und damit nicht auf seine Verfassungsmässigkeit – sowie dementsprechend seine Vereinbarkeit mit Art. 36 BV – hin zu überprüfen ist (Art. 190 BV). Der guten Ordnung halber sei festgehalten, dass selbst im gegenteiligen Falle der Rüge kein Erfolg beschieden wäre. Zunächst stützt der Berufungskläger seine pauschale Behauptung der fehlenden Wirksamkeit der Maskenpflicht einzig auf «diverse Studien», welche im Artikel eines Konsumentenschutzmagazins (BF-Bel. 3) genannt werden. Damit trägt der Berufungs-kläger seine Rüge nicht annähernd in einer Weise vor, welcher es dem angerufenen Gericht erlauben würde, sich seiner gebotenen Zurückhaltung zu entledigen (dazu: Urteil des Bundes-gerichts 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 5.4) und – obwohl es sich um eine ausge-sprochene Ermessensfrage handelt – eine einlässliche Überprüfung der Verhältnismässigkeit der Maskenpflichtanordnung des Bundesrates, einem von einer Fachbehörde, dem BAG be-gleiteten, hierfür zweifelslos zuständigen Gremium, vorzunehmen. Solches gilt umso mehr, als dass es sich bei der strittigen Maskenpflicht um eine im Rahmen einer neu auftretenden Infek-tionskrankheit angeordneten Massnahme handelt, wobei in dieser Situation typischerweise eine hohe Unsicherheit über Ursachen, Folgen und geeignete Bekämpfungsmassnahmen herrscht und zu treffende Massnahmen nicht im Voraus mit Bestimmtheit gesetzlich festgelegt werden können, sondern aufgrund des jeweils aktuellen, in der Regel unvollständigen Kennt-nisstandes getroffen werden müssen. Jedenfalls wenn es um möglicherweise gewichtige Ri-siken geht, können Abwehrmassnahmen nicht erst dann getroffen werden, wenn wissen-schaftliche Klarheit vorliegt, sondern bereits dann, wenn eine erhebliche Plausibilität besteht (Urteil des Bundesgerichts 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 5.5). Dass im Zeitpunkt

15■19 der bundesrätlichen Anordnung der Maskenpflicht in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs respektive im Zeitpunkt der Tatbegehung nicht eine erhebliche Plausibilität für die Masken-pflicht bestanden hätte, legt der Berufungskläger nicht ansatzweise dar. Selbst wenn sich – was gestützt auf die verfügbare Beweislage nicht der Fall ist – nun nachträglich die fehlende Wirksamkeit der Maskenpflicht in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs wissenschaftlich nachweisen liesse, änderte dies nichts an der damaligen Rechtsbeständigkeit des Straftatbe-stands.

E. 5

Zusammengefasst ist die Strafbestimmung von Art. 83 Abs. 1 lit. j in Verbindung mit Art. 40 Abs. 2 lit. b und Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG i.V.m. Art. 3a Abs. 1 aCovid-19-Verordnung besondere Lage anwendbar. Der Berufungskläger erfüllte den Tatbestand in subjektiver und objektiver Hinsicht, indem er am Freitag, 29. Januar 2021 um 13.17 Uhr mit dem Zug Nr. 21547 (Giswil- Luzern) Richtung Luzern reiste und es während dieser Fahrt (in Hergiswil) unterliess, willent-lich, ordnungsgemäss eine Gesichtsmaske zu tragen. Nachdem auch keine Straf- oder Schuldausschlussgründe vorliegen, ist der Berufungskläger in Anwendung von Art. 83 Abs. 1 lit. j in Verbindung mit Art. 40 Abs. 2 lit. b und Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG i.V.m. Art. 3a Abs. 1 a- Covid-19-Verordnung besondere Lage schuldig zu sprechen. Die Berufung ist demnach unbegründet.

E. 6

Für diesen Schuldspruch ist eine angemessene Sanktion festzusetzen. Die Vorinstanz schloss zu Recht, dass gemäss Art. 2 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 333 Abs. 1 StGB neues Recht auch auf vor dem Inkrafttreten der jeweiligen Bestimmung begangene Straftaten anwendbar sei, sofern dieses milder ist (vgl. SE 21 16 E. 3.2.5 S. 9 f. [Art. 82 Abs. 4 StPO]). Im Zeitpunkt der inkriminierten Tat (29. Januar 2021) hätte sich der Sanktionsrahmen auf eine Busse zwischen Fr. 1.– bis Fr. 10'000.– (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 333 Abs. 1 StGB und Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG) belaufen. Das Gericht hätte die Busse nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist, zu bemessen gehabt vgl. (Art. 106 Abs. 3 StGB). Im Zeitpunkt dieses Entscheids (22. Oktober 2021) ist das Nichttragen von Gesichtsmasken im geschlossenen Bereich von Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs nach wie vor strafbedroht. Die Zuwiderhandlung wird gestützt auf Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 28 lit. e der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 23. Juni 2021 (Covid-19-Verordnung

16■19 besondere Lage; SR 818.101.26 [Stand am 11. Oktober 2021]) mit Busse bestraft, wobei der Sanktionsrahmen grundsätzlich unverändert ist. Indes bestünde gemäss Fassung des Ordnungsbussengesetzes vom 18. März 2016 (OBG; SR 314.1 [Stand am 19. Dezember 2020]) bzw. der OBV im Zeitpunkt dieses Entscheids die Möglichkeit, die Straftat in einem Ordnungsbussenverfahren zu beurteilen und zu ahnden (Art. 1 Abs. 1 lit. a Ziff. 12a und lit. b OBG), wobei die Busse unabhängig vom Vorleben und der persönlichen Verhältnisse der beschuldigten Person Fr. 100.– betragen würde (Art. 1 Abs. 5 OBG; Anhang 2 Pos. 16002 OBV). Das neue Recht wäre für den Berufungskläger im Hinblick auf die Sanktion demnach dahingehend milder, als dass er das Ordnungsbussenverfahren hätte durchlaufen können und diesfalls bloss mit einer Busse von Fr. 100.– belegt worden wäre. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, den Berufungskläger in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 StGB mit einer Busse von Fr. 100.– zu sanktionieren. Nachdem die Vorinstanz entsprechend erkannte und bloss der Berufungskläger Rechtsmittel führte, wäre eine strengere Bestrafung hier mitunter ohnehin ausgeschlossen (vgl. Art. 391 Abs. 2 StPO; MARTIN ZIEGLER/STEFAN KELLER, in: BSK-StPO, a.a.O., N 3 zu Art. 391 StPO).

E. 7.1

Die Strafbehörde legt im Endentscheid die Kostenfolgen fest (Art. 421 Abs. 1 StPO). Die Verfahrenskosten setzen sich zusammen aus den Gebühren zur Deckung des Aufwands und den Auslagen im konkreten Straffall (Art. 422 Abs. 1 StPO). Die Vorinstanz hatte für das Vor- und das erstinstanzliche Verfahren unter Darlegung der massgeblichen Gesetzesbestimmungen und Literatur erwogen, dass diese Fr. 1'000.– (Vorverfahren: Fr. 200.–; erstinstanzliches Verfahren: Fr. 800.–) betragen würde, Art. 12 OBG (Kostenlosigkeit des Ordnungsbussenverfahrens) trotz der Anwendung von *lex mitior* nicht zum Tragen komme und dem Berufungskläger die Kosten zufolge seiner Verurteilung aufzuerlegen seien. Eine Entschädigung oder Genugtuung richtete sie ihm nicht aus (vgl. SE 21 16 E. 6 S. 15 f.). Nachdem die Berufung des Berufungsklägers unbegründet war, sind diese Erwägungen in bestätigender Weise zu übernehmen (Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 7.2

Die Entscheidgebühr in Verfahren vor dem Obergericht beträgt als (strafrechtliche) Berufungsinstanz Fr. 300.– bis Fr. 6'000.– (Art. 11 Abs. 1 Ziff. 1 Prozesskostengesetz

[PKoG;

17■19 NG 261.2]). Die Gebühren sind innerhalb des vorgegebenen Rahmens festzusetzen und bemessen sich nach der persönlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die Partei, der Schwierigkeit der Sache, dem Umfang der Prozesshandlungen und nach dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung (Art. 2 Abs. 1 PKoG). Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird ermessensweise (vgl. Art. 2 Abs. 1 PKoG) auf Fr. 800.– festgelegt und ausgangsgemäss dem unterliegenden Berufungskläger auferlegt. Eine Entschädigung oder Genugtuung ist dem Berufungskläger bei diesem Verfahrensausgang nicht auszurichten (Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 429 ff. und Art. 436 Abs. 2 StPO e contrario).

18■19 Demnach erkennt das Obergericht: 1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil SE 21 16 des Kantonsgerichts Nidwalden, Strafabteilung/Einzelgericht, vom 10. Juni 2021 wird bestätigt. 2. Der Berufungskläger wird des unbefugten Nichttragens einer Gesichtsmaske in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs gemäss Art. 83 Abs. 1 lit. j in Verbindung mit Art. 40 Abs. 2 lit. b und Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG i.V.m. Art. 3a Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage schuldig gesprochen. 3. Der Berufungskläger wird hierfür in Anwendung von Art. 13 lit. f in Verbindung mit Art. 3a Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage, Art. 2 Abs. 2 und Art. 106 StGB mit einer Busse von Fr. 100.– bestraft, bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise zu vollziehen durch eine Freiheitsstrafe von einem Tag. 4. Die Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Verfahrens betragen Fr. 1'000.–, diejenigen des Berufungsverfahrens Fr. 800.–. Sie werden vollumfänglich dem Berufungskläger auferlegt. Der Berufungskläger wird verpflichtet, den Gesamtbetrag von Fr. 1'900.– (Busse Fr. 100.–; Kosten Vorverfahren und erstinstanzliches Verfahren Fr. 1'000.–; Kosten Berufungsverfahren Fr. 800.–) innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils mit beiliegendem Einzahlungsschein an die Gerichtskasse Nidwalden zu überweisen. 5. Es wird keine Parteientschädigung oder Genugtuung zugesprochen. 6. [Zustellung].

19■19 Stans, 22. Oktober 2021

OBERGERICHT NIDWALDEN Strafabteilung Die Präsidentin

lic. iur. Livia Zimmermann Der Gerichtsschreiber

Dr. iur. Marius Tongendorff i.V. MLaw Silvan Zwyssig Versand:

Rechtsmittelbelehrung: Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen eingereicht werden (Art. 78 ff. i.V.m. Art. 90 ff. BGG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG.

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