

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Urteil

SK 21 350

Bern, 29. April 2022

Besetzung

Oberrichterin Bratschi (Präsidentin), Oberrichterin Friederich Hörr,
Oberrichter Horisberger
Gerichtsschreiberin Hafner

Verfahrensbeteiligte

A. _____
verteidigt durch Rechtsanwältin Dr. B. _____
Beschuldigte/Berufungsführerin

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8,
Postfach, 3001 Bern

und

C. _____ (**Bahngesellschaft**)
Straf- und Zivilklägerin

Gegenstand

Widerhandlung gegen die Covid-19-Verordnung besondere Lage

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Oberland (Einzelgericht) vom 26. Mai 2021 (PEN 21 37)



Erwägungen:

I. Formelles

1. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil vom 26. Mai 2021 erklärte das Regionalgericht Oberland (nachfolgend: Vorinstanz) A._____ (nachfolgend: Beschuldigte) der Übertretung gegen die Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26), begangen am 10. Oktober 2020 im Zug auf der Strecke D._____-E._____, schuldig und verurteilte sie zu einer Übertretungsbusse von CHF 100.00 (Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung 1 Tag) sowie zur Bezahlung der Verfahrenskosten von CHF 1'350.00. Im Zivilpunkt wurde die Beschuldigte dazu verurteilt, der C._____ (Bahngesellschaft) (nachfolgend: Straf- und Zivilklägerin) einen Betrag von CHF 285.73 zu bezahlen (pag. 28 f.).

2. Berufung

An der Hauptverhandlung vom 26. Mai 2021 meldete die Beschuldigte nach Aushängung des Urteilsdispositivs mündlich zu Protokoll Berufung an (pag. 26).

Die erstinstanzliche Urteilsbegründung datiert vom 3. August 2021 (pag. 36 ff.). Sie wurde der Beschuldigten am 12. August 2021 zugestellt (pag. 54). Mit Datum vom 24. August 2021 erklärte die Beschuldigte, nun vertreten durch Rechtsanwältin Dr. B._____, form- und fristgerecht sowie vollumfänglich die Berufung (pag. 55 f.).

Die Generalstaatsanwaltschaft verzichtete mit Schreiben vom 30. August 2021 auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren (pag. 63).

Die Straf- und Zivilklägerin liess sich zur Frage der Anschlussberufung oder eines allfälligen Nichteintretens nicht vernehmen.

3. Schriftliches Verfahren

Mit Verfügung vom 20. September 2021 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet (Art. 406 Abs. 1 Bst. c der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]) und der Beschuldigten eine Frist zur Einreichung einer schriftlichen Berufungsbegründung gesetzt (pag. 67 f.). Die Berufungsbegründung vom 9. Oktober 2021 ging fristgerecht beim Obergericht des Kantons Bern ein (pag. 70 ff.).

Die Straf- und Zivilklägerin äusserte sich dazu innert Frist mit Stellungnahme vom 11. November 2021 (pag. 89 ff.).

Die Replik der Beschuldigten datiert vom 15. November 2021 (pag. 95 f.), die Duplik der Straf- und Zivilklägerin vom 26. November 2021 (pag. 101 f.).

Mit Verfügung vom 30. November 2021 wurde der Schriftenwechsel geschlossen und der schriftliche Entscheid in Aussicht gestellt (pag. 104 f.). Am 3. März 2022 wurde den Parteien die aktuelle Kammerzusammensetzung mitgeteilt (pag. 106).

4. Anträge der Parteien

4.1 Anträge der Verteidigung

Rechtsanwältin Dr. B. _____ stellte namens der Beschuldigten folgende Anträge (pag. 71):

1. Es sei das angefochtene Urteil PEN 21 37 der Vorinstanz vom 26. Mai 2021 (Versanddatum: 04. August 2021) vollumfänglich aufzuheben.
2. Die Beschuldigte sei in Gutheissung der Berufung vollständig von Schuld und Strafe freizusprechen sowie von jeder Kostentragungspflicht zu befreien.
3. Die adhäsionsweise geltend gemachte Zivilforderung der Privatklägerin sei vollumfänglich abzuweisen oder eventualiter auf den Zivilweg zu verweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Staatskasse.

4.2 Anträge der Straf- und Zivilklägerin

Die Straf- und Zivilklägerin beantragte Folgendes (pag. 89):

1. Die Berufung der Beschuldigten/Berufungsführerin sei abzuweisen.
2. Unter Kostenfolge zu Lasten der Beschuldigten/Berufungsführerin.

5. Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer

Die Beschuldigte hat das erstinstanzliche Urteil vollumfänglich angefochten. Die Kammer hat somit den Schuldspruch, die Sanktion, das Urteil im Zivilpunkt sowie die Kostenfolgen zu prüfen. Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens bildete ausschliesslich eine Übertretung. Die Kammer verfügt daher über eine eingeschränkte Kognition und überprüft das erstinstanzliche Urteil nur auf Rechtsfehler und auf offensichtlich unrichtige bzw. auf Rechtsfehlern beruhende Feststellung des Sachverhalts. Neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO). Da die Berufung ausschliesslich durch die Beschuldigte erhoben wurde, darf die Kammer das erstinstanzliche Urteil nicht zu ihrem Nachteil abändern. Sie ist an das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO gebunden.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung

6. Angeklagter Sachverhalt

Gemäss Strafbefehl vom 27. November 2020 wird der Beschuldigten vorgeworfen, sich am 10. Oktober 2020, 8:15 Uhr, im Zug Nr. _____ der C. _____ (Bahngesellschaft) auf der Strecke D. _____ - E. _____ den Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) widersetzt zu haben, indem sie im Zug trotz Aufforderung des Zugpersonals keine Gesichtsmaske trug und kein ärztliches Zeugnis vorlegte, welches sie von der Maskenpflicht befreien würde (pag. 4).

7. **Unbestrittener Sachverhalt**

Die Beschuldigte bestätigte anlässlich der Hauptverhandlung vom 26. Mai 2021, sie habe während der strittigen Zugfahrt keine Maske getragen. Sie habe am 10. Oktober 2020 noch kein ärztliches Zeugnis gehabt, das sie von der Maskenpflicht befreit hätte. Sie bestreite den Sachverhalt gemäss den Akten nicht (pag. 23). In der Berufungsbegründung vom 9. Oktober 2021 wurde erneut festgehalten, es sei unbestritten, dass die Beschuldigte auf der fraglichen Zugstrecke keine Gesichts- bzw. Hygienemaske getragen habe (pag. 72).

8. **Massgeblicher Sachverhalt**

Der angeklagte Sachverhalt ist somit nicht bestritten und gilt als erstellt. Auf eine eigene Beweiswürdigung der Kammer kann unter diesen Umständen verzichtet werden.

III. **Rechtliche Würdigung**

Der Beschuldigten wird eine Widerhandlung gegen den im Tatzeitpunkt geltenden Art. 3a Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage vorgeworfen. Diese Bestimmung schrieb vor, dass Reisende in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs wie Zügen, Strassenbahnen, Bussen, Schiffen, Luftfahrzeugen und Seilbahnen eine Gesichtsmaske zu tragen hatten. Von dieser Maskenpflicht ausgenommen waren a.) Kinder vor ihrem 12. Geburtstag und b.) Personen, die nachweisen konnten, dass sie aus besonderen Gründen, insbesondere medizinischen, keine Gesichtsmasken tragen können.

9. **Anwendbare Strafbestimmung**

Die Pflicht, im öffentlichen Verkehr eine Gesichtsmaske zu tragen, galt in der Schweiz vom 6. Juli 2020 bis am 31. März 2022. Vom 6. Juli 2020 bis am 31. Januar 2021 war in der Covid-19-Verordnung besondere Lage jedoch keine Strafbestimmung zur Widerhandlung gegen diese Maskenpflicht vorgesehen. Erst ab dem 1. Februar 2021 wurde dieser Tatbestand explizit in die Strafbestimmung der Covid-19-Verordnung besondere Lage sowie in den Ordnungsbussenkatalog aufgenommen (Art. 13 Bst. f Covid-19-Verordnung besondere Lage, Stand 1. Februar 2021; Bussenliste 2 Ziff. XVI der Ordnungsbussenverordnung [OBV; SR 314.11], Stand 1. Februar 2021). Im Zeitpunkt der Tatbegehung bestand demnach in der Covid-19-Verordnung besondere Lage keine spezifische Strafbestimmung für die Widerhandlung gegen die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr.

Die Vorinstanz stützte ihren Schuldspruch stattdessen auf Art. 83 Abs. 1 Bst. j des Epidemiengesetzes (EpG; SR 818.101). Danach wird mit Busse bestraft, wer sich vorsätzlich «Massnahmen gegenüber der Bevölkerung» widersetzt. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden: Bei den Massnahmen der Covid-19-Verordnung besondere Lage handelte es sich um Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, die im Rahmen einer besonderen Lage und gestützt auf Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 40 EpG vom Bundesrat erlassen wurden. Auch wenn in Art. 83 Abs. 1 Bst. j EpG in der abschliessenden Klammer lediglich auf Art. 40 EpG (und nicht auch auf Art. 6

Abs. 2 EpG) verwiesen wird, umfasst die Übertretungsbestimmung aufgrund ihres klaren Wortlauts («Massnahmen gegenüber der Bevölkerung») auch Massnahmen des Bundesrats (Urteil des Bundesgerichts 6B_1433/2021 vom 3. März 2022 E. 3.3 mit Verweis auf BGE 147 I 478 E. 3.6 ff.; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern SK 21 200 vom 11. Januar 2022 E. 14).

10. **Anwendbares Recht**

Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist gemäss Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB; SR 311.0) das neue Gesetz anzuwenden, wenn dieses für ihn das mildere ist (sog. *lex mitior*). Art. 2 Abs. 2 StGB gilt auch für Übertretungen und im Nebenstrafrecht (Art. 104 und Art. 333 StGB). Keine Anwendung findet Art. 2 Abs. 2 StGB jedoch auf sogenannte Zeitgesetze. Zeitgesetze sind Erlasse, die von vornherein nur für eine bestimmte Zeit erlassen werden oder die nach Inhalt und Zweck nur für die Dauer von Ausnahmeverhältnissen gelten wollen (BGE 116 IV 258 E. 4.b mit weiteren Hinweisen; POPP/BERKEMEIER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], Basler Kommentar StGB/JStGB, 4. Auflage, Basel 2018 [nachfolgend BSK-BEARBEITER], N 26 ff. zu Art. 2; ROOS/FINGERHUTH, Straf- und strafprozessrechtliche Implikationen, in: Helbing Lichtenhahn Verlag [Hrsg.], Covid-19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 26 N 65 f.).

Die Bestimmung zur Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr erfuhr seit dem Tatzeitpunkt mehrere Änderungen. Im Tatzeitpunkt stützte sich diese auf Art. 3a Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 19. Juni 2020, Stand 1. Oktober 2020. Die Pflicht, in den öffentlichen Verkehrsmitteln eine Maske zu tragen, war bis am 31. März 2022 in der Covid-19-Verordnung besondere Lage vorgesehen. Per 1. April 2022 wurde diese Verordnung und damit auch die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr aufgehoben.

Die Covid-19-Verordnung besondere Lage bezog sich unbestrittenermassen auf die zeitlich begrenzte Ausnahmesituation der Covid-19-Pandemie und ist deshalb als Zeitgesetz im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu qualifizieren (vgl. BGE 89 IV 113 E. I; Urteil des Bundesgerichts 6B_397/2010 vom 26. Oktober 2010 E. 3.3). Es wird demnach das im Tatzeitpunkt geltende Recht angewendet. Die anzuwendende Bestimmung wird trotz der zwischenzeitlich erfolgten Revisionen nachfolgend als «Art. 3a Covid-19-Verordnung besondere Lage» bezeichnet.

11. **Vorbringen der Verteidigung**

Vor der Vorinstanz brachte die damals noch nicht anwaltlich vertretene Beschuldigte vor, die Maskenpflicht verstosse gegen diverse Grundsätze der Verfassung, unter anderem gegen den Grundsatz der Menschenwürde, das Diskriminierungsverbot, das Willkürverbot, das Gebot von Treu und Glaube sowie das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 6, 7, 8 Abs. 2, 9 und 10 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]). In Art. 40 EpG sei eine kantonale Verordnung genannt. Eine solche gebe es zur Maskenpflicht nicht. Die Wirksamkeit von Masken sei zudem nicht nachgewiesen (vgl. pag. 24).

Oberinstanzlich argumentiert die Beschuldigte durch ihre Verteidigung in erster Linie damit, die Maskenpflicht sei rechtswidrig, weil die Covid-19-Verordnung besondere Lage nicht befristet worden sei. Dies tangiere nicht nur das strafrechtliche Legalitätsprinzip, sondern sei schon unter öffentlich-rechtlichen bzw. verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten unzulässig. Dies bewirke, dass auch deren Durchsetzung mittels einer Strafnorm unzulässig sei, da es im Strafrecht verboten sei, jemanden in Anwendung einer Norm zu verfolgen, die rechtlich keinen Bestand habe (BGE 145 IV 513 E. 2.3.1). Weiter wird geltend gemacht, die Maskenpflicht falle in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV. Auf Ebene der Verhältnismässigkeitsabwägung sei zu berücksichtigen, dass viele Statistiken eine kritische Sicht auf die Wirksamkeit der Maskentragepflicht nahelege. Als Quelle für diese Aussage wird auf den beigelegten K-Tipp-Beitrag vom 16. Juni 2021 verwiesen.

12. **Zulässigkeit der Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr**

12.1 (Fehlende) zeitliche Befristung der Covid-19-Verordnung besonderen Lage

Unter Berufung auf TEREKHOV bringt die Verteidigung vor, konstitutionelle Notverordnungen seien nach Art. 185 Abs. 3 BV zu befristen. Da Art. 7 EpG gemäss Botschaft vom 3. Dezember 2010 zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (nachfolgend: Botschaft zum EpG) rein deklaratorische Wirkung habe und inhaltlich Art. 185 BV entspreche, gelte diese Pflicht zur Befristung auch für Massnahmen, die in der ausserordentlichen Lage gestützt auf Art. 7 EpG erlassen worden seien. Die besondere Lage nach Art. 6 EpG sei weniger schlimm als die ausserordentliche Lage, weshalb «bei einer teleologischen Betrachtung unstreitig feststehe», dass auch nach Art. 6 EpG erlassene Verordnungen zwingend zu befristen seien. Die Pflicht zur Befristung von Verordnungen nach Art. 6 EpG ergebe sich zudem aus Art. 31 Abs. 4 und Art. 40 Abs. 3 EpG, wonach diese Massnahmen nicht länger dauern dürfen als notwendig (TEREKHOV, Notverordnungen sind zu befristen, in: plädoyer 2/2021, S. 53 ff.).

Diese Argumentation basiert auf einer doppelten Schlussfolgerung: Von der Pflicht zur Befristung einer konstitutionellen Notverordnung gemäss Art. 185 Abs. 3 BV wird auf eine ebensolche Pflicht für Verordnungen in der ausserordentlichen Lage gestützt auf Art. 7 EpG geschlossen, obwohl eine solche im EpG nicht vorgesehen ist. Daraus wird weiter geschlossen, dass dies ebenfalls für Verordnungen gelten müsse, die gestützt auf Art. 6 EpG in der besonderen Lage erlassen werden.

Gemäss der Botschaft zum EpG ist Art. 7 EpG rein deklaratorischer Natur. Die Bestimmung wiederhole auf Gesetzesstufe die verfassungsmässige Kompetenz des Bundesrates gemäss Art. 185 Abs. 3 BV, in ausserordentlichen Situationen ohne Grundlage in einem Bundesgesetz Polizeinotverordnungsrecht zu erlassen. Ferner wird in der Botschaft Bezug genommen auf die damals geplante, heute gültige Regelung nach Art. 7d RVOG, wonach eine Verordnung, die sich auf Art. 185 Abs. 3 BV abstützt, ausser Kraft tritt, wenn der Bundesrat der Bundesversammlung nicht innert sechs Monaten den Entwurf der nötigen gesetzlichen Grundlage für die Verordnung unterbreitet hat (Botschaft zum EpG, BBl 2011 365, S. 365 f.). Entsprechend vertritt ein Teil der Lehre die Ansicht, Art. 7 EpG entspreche Art. 185 Abs. 3 BV und darauf gestützte Verordnungen seien trotz fehlender Vorschrift im EpG zu

befristen (BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, in: AJP 2020 S. 685, S. 693 f; RECHSTEINER, Die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Notrecht, in: Sicherheit & Recht 3/2020 S. 118, S. 122 ff.; STÖCKLI, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Sondernummer «Pandemie und Recht» S. 9, S. 21 f.; WYSS, Sicherheit und Notrecht, in: Jusletter vom 25. Mai 2020, S. 16).

Demgegenüber gibt es aber auch Lehrmeinungen, die begründen, weshalb Art. 7 EpG ein eigenständiger Gehalt zukomme (BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, in: ZBI 121/2020 S. 239, S. 260 f. und S. 264; BIAGGINI, Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, in: ZBI 123/2022 S. 59, S. 64; KLEY, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, in: ZBI 121/2020 S. 268 ff., S. 272 f.; MÄRKLI, Notrecht in der Anwendungsprobe – Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen, in: Sicherheit & Recht, 2/2020, S. 59, S. 61; zur Befristung Bemerkung auf S. 62; VERDE, Das Legalitätsprinzip und die Strafnorm Art. 10f Abs. 1 Covid-19-Verordnung 2, in: Jusletter vom 10. Mai 2021, S. 10 f. Rz. 19 f.; ZÜND/ERRASS, Pandemie – Justiz – Menschenrechte, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Sondernummer «Pandemie und Recht» S. 69, S. 88).

Die erste Schlussfolgerung der Verteidigung, wonach Verordnungen in der ausserordentlichen Lage in (direkter oder analoger) Anwendung von Art. 185 Abs. 3 BV zu befristen seien, ist in der Literatur demnach umstritten, wird aber teilweise befürwortet. Die zweite Folgerung, dass eine solche Befristung auch in der besonderen Lage gelten müsse, findet in der Literatur hingegen soweit ersichtlich keine Grundlage. Die Herleitung von TEREKHOV, dass eine Pflicht zur Befristung erst recht in der «weniger schlimmen» besonderen Lage gelten müsse, ist denn auch nicht nachvollziehbar: Im Gegensatz zur ausserordentlichen Lage kann der Bundesrat in der besonderen Lage nur die im EpG vorgesehenen Massnahmen anordnen und dies erst nach Anhörung der Kantone. Dabei beschränkt sich der Handlungsspielraum des Bundesrates auf die in den Art. 31–38 sowie Art. 40 EpG festgelegten Massnahmen gegenüber einzelnen Personen und gegenüber der Bevölkerung (Art. 6 Abs. 2 Bst. a und b EpG; Botschaft zum EpG, BBl 2011 311, 362 ff.; siehe auch RECHSTEINER, Die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Notrecht, in: Sicherheit & Recht, 3/2020 S. 118, S. 119; WYSS, Sicherheit und Notrecht, in: Jusletter vom 25. Mai 2020, S. 5; ZÜND/ERRASS, Pandemie – Justiz – Menschenrechte, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Sondernummer «Pandemie und Recht» S. 69, S. 83 f.). In der besonderen Lage durch den Bundesrat angeordnete Massnahmen können demnach nicht als konstitutionelles Notrecht bezeichnet werden. Sie stützen sich sowohl in Bezug auf die Zuständigkeit des Bundesrates als auch auf ihre inhaltliche Ausgestaltung direkt auf das EpG. Dadurch besteht im Vergleich zu Notverordnungen, die sich direkt auf Art. 185 Abs. 3 BV stützen, ein deutlich geringeres Schutzbedürfnis vor – in den Worten der Verteidigung – «staatlichen Notrechtsexzessen». Die Ausgangslage unterscheidet sich in der besonderen Lage somit deutlich von jener in der ausserordentlichen Lage, so dass TEREKHOV nicht gefolgt werden kann, wenn er ausführt, bei einer teleologischen Betrachtung müssten auch Verordnungen nach Art. 6 EpG befristet werden.

Eine Pflicht zur Befristung ergibt sich auch nicht aus dem EpG: Gestützt auf Art. 31 Abs. 4 und Art. 40 Abs. 3 EpG dürfen die dort vorgesehenen Massnahmen zwar lediglich solange dauern wie nötig und sind regelmässig zu überprüfen. Diese Vorschriften gelten sowohl in der normalen, als auch in der besonderen Lage (vgl. Botschaft zum EpG, BBl 2011 365, S. 362 ff.). Sie können jedoch nicht mit einer Pflicht zur Befristung einer Verordnung gleichgesetzt werden. Die Anforderung von Art. 31 Abs. 4 und Art. 40 Abs. 3 EpG sind vielmehr bereits erfüllt, wenn eine Verordnung laufend an die geänderten Verhältnisse angepasst wird (Urteil des Bundesgerichts 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.3.6).

Die Covid-19-Verordnung besondere Lage wurde seit ihrem Inkrafttreten immer wieder geändert, den neusten Entwicklungen und Erkenntnissen angepasst und schliesslich per 31. März 2022 gänzlich aufgehoben. Die Verordnung entspricht demnach den gesetzlichen Anforderungen und die Beschuldigte kann aus der fehlenden zeitlichen Befristung der Covid-19-Verordnung besondere Lage nichts zu ihren Gunsten ableiten.

12.2 Verletzung verfassungsmässiger Rechte

Die Verteidigung bringt oberinstanzlich vor, die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr falle in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV und stelle deren epidemiologischen Mehrwert in Frage, was auf Ebene der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen sei.

Das Bundesgericht hat sich in mehreren Entscheiden bereits ausführlich mit der Maskenpflicht in Einkaufsläden, in Schulen und in Kindertagesstätten auseinandergesetzt und dabei die Verfassungsmässigkeit der Maskenpflicht bestätigt (BGE 147 I 393 [Pra 110 2021 Nr. 107], Urteile des Bundesgerichts 2C_183/2021 vom 23. November 2021, 2C_228/2021 vom 23. November 2021 und 2C_115/2021 vom 21. Februar 2022). In den zitierten Entscheiden hat das Bundesgericht insbesondere festgehalten, es liege im öffentlichen Interesse, die Ausbreitung von Covid-19 zu begrenzen und der Gebrauch von Gesichtsmasken trage nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft zur Beschränkung einer Ausbreitung des Virus bei. Das Tragen einer Maske im Alltag diene in erster Linie zum Schutz von anderen Personen. Eine infizierte Person könne, ohne es zu wissen, ansteckend sein bis zwei Tage vor dem Erscheinen von Symptomen. Wenn auf engem Raum also von allen eine Maske getragen werde, werde jede Person vor den anderen geschützt. Die Pflicht zum Tragen einer Gesichtsmaske in bestimmten Situationen sei deshalb eine geeignete Massnahme zur Eindämmung der Pandemie. Diese Ausführungen treffen ohne Weiteres auch auf die Situation im öffentlichen Verkehr zu, in der sich zahlreiche Personen während teilweise längerer Zeit in einem geschlossenen Raum und mit geringem Abstand zueinander aufhalten und somit einer allfälligen Ansteckung mit Covid-19 stärker ausgesetzt sind als etwa in einem Einkaufsladen. Das Tragen einer Gesichtsmaske ist in dieser Situation geeignet, einer Ausbreitung von Covid-19 zu begegnen, zumal gerade bei Ansteckungen im öffentlichen Verkehr ein rasches Unterbrechen der Ansteckungskette durch ein Contact Tracing erschwert wird, weil in der Regel nicht eruiert werden kann, wer sich bei der Nutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln in einer Ansteckungssituation befunden hat. Auch in Bezug auf die Kriterien der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit können die

Überlegungen des Bundesgerichts auf die Situation im öffentlichen Verkehr übertragen werden. Wie bei Schulen und Einkaufsläden handelt es sich beim öffentlichen Verkehr um ein Angebot der Grundversorgung, dessen Einschränkung durch Schliessungen oder Kapazitätsbeschränkungen so lange wie möglich verhindert werden soll. Die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr erlaubte es, die Verkehrsbetriebe ohne weitere Einschränkungen offen zu halten und stellte somit ein vergleichsweise mildes Mittel zur Eindämmung der Pandemie dar. In Bezug auf die Zumutbarkeit fällt besonders ins Gewicht, dass für Personen, denen das Tragen einer Gesichtsmaske aus medizinischen oder anderen Gründen nicht möglich ist, eine Ausnahme vorgesehen wurde. Der Umstand, dass solche Gründe auf Nachfrage nachzuweisen waren, mag für die Betroffenen mit einer gewissen Umständlichkeit verbunden gewesen sein. Dieses persönliche Interesse vermag aber das öffentliche Interesse an einer Begrenzung der Ausbreitung Covid-19 und damit an der Begrenzung der Zahl der Spitaleinweisungen, der Todesfälle sowie der wirtschaftlichen Gefahren, die mit den Folgen dieser Krankheit verbunden sind, nicht zu überwiegen (vgl. BGE 147 I 393 E. 5.3.5 [Pra 110 2021 Nr. 107]).

12.3 Fazit

Die Pflicht zum Tragen einer Gesichtsmaske im öffentlichen Verkehr gemäss Art. 3a Covid-19-Verordnung besondere Lage stützt sich auf eine genügende rechtliche Grundlage.

13. Subsumtion

13.1 Tatbestandsmässigkeit

Die Beschuldigte trug am 10. Oktober 2020, 8:15 Uhr, im Zug Nr. _____ der C. _____ (Bahngesellschaft) auf der Strecke D. _____-E. _____ trotz Aufforderung des Zugpersonals keine Gesichtsmaske und legte kein ärztliches Zeugnis vor, welches sie von der Maskenpflicht befreit hätte. Der objektive Tatbestand von Art. 3a Covid-19-Verordnung besondere Lage ist damit erfüllt.

Die Beschuldigte wurde von der Zugbegleiterin aufgefordert, eine Maske anzuziehen. Sie wusste somit um die Pflicht, eine Maske zu tragen und es entsprach ihrem direkten Willen, diese Maskenpflicht nicht zu befolgen. Sie hat somit vorsätzlich gehandelt.

13.2 Rechtfertigung und Schuld

Die Beschuldigte bestreitet nicht, dass sie kein ärztliches Zeugnis vorlegte, und weist auch sonst keine besonderen Gründe nach, die sie von der Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr befreit hätten.

Andere rechtfertigende oder schuldausschliessende Umstände sind nicht ersichtlich.

13.3 Fazit

Mit ihrem Verhalten hat die Beschuldigte vorsätzlich der Maskenpflicht gemäss Art. 3a Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage zuwidergehandelt.

IV. Strafzumessung

Die Beschuldigte ist zufolge des soeben begründeten Schuldspruchs gestützt auf Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 40 i.V.m. Art. 83 Abs. 1 Bst. j EpG mit Busse zu bestrafen.

14. Theoretische Grundlagen der Strafzumessung

Für die theoretischen Grundlagen der Strafzumessung wird auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (pag. 47, S. 12 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

15. Vorbemerkung

Aufgrund des geltenden Verschlechterungsverbots ist es der Kammer nicht erlaubt, die Strafe zu Ungunsten der Beschuldigten abzuändern. Die Vorinstanz hat diese zu einer Übertretungsbusse von CHF 100.00 verurteilt und die Ersatzfreiheitsstrafe auf einen Tag festgesetzt.

16. Übertretungsbusse

Eine vorsätzliche Widerhandlung gegen Massnahmen gegenüber der Bevölkerung wird gemäss Art. 83 Abs. 1 Bst. j EpG mit Busse bestraft. Die Busse beträgt maximal CHF 10'000.00 (Art. 333 i.V.m. Art. 106 StGB).

Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt, dass die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und dem Gesundheitswesen und somit wichtigen Polizeigütern diene. Die einmalige Widerhandlung gegen die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr während einer Zugfahrt stellt jedoch eine vergleichsweise geringe Verletzung dieser Rechtsgüter dar. Darauf weist auch der Umstand hin, dass dieser Tatbestand im Bussenkatalog der OBV aufgeführt war. Das Verschulden ist deshalb als sehr leicht zu bezeichnen. Dem Tatverschulden ist eine Busse von CHF 100.00 angemessen.

Aufgrund des geltenden Verschlechterungsverbots erübrigen sich Ausführungen zu einer Erhöhung dieser Busse im Rahmen der Täterkomponenten.

Die Beschuldigte wird demnach mit einer Übertretungsbusse von CHF 100.00 bestraft. Die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung wird auf einen Tag festgesetzt.

V. Zivilpunkt

Der Straf- und Zivilklägerin wurde erstinstanzlich eine Schadenersatzzahlung von CHF 285.73 zugesprochen.

17. Theoretische Grundlagen der adhäsionsweisen Zivilklage

Für die haftpflichtrechtlichen Grundlagen wird auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (pag. 48 f., S. 13 f. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

18. Vorbringen der Verteidigung

Die Verteidigung bringt vor, selbst wenn die Beschuldigte im Strafpunkt verurteilt werden sollte, fehle es immer noch an einem haftpflichtrechtlich relevanten Schaden. Die von der Straf- und Zivilklägerin geltend gemachte Schadenersatzforderung beziehe sich auf rein interne Kosten, die keinen haftpflichtrechtlich relevanten Schaden zu begründen vermöchten. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit sich das Vermögen der Privatklägerin konkret vermindert haben solle. Es sei weder eine Verminderung der Aktiven entstanden noch ein Gewinn entgangen. Der Umstand, dass rein interne Kosten haftpflichtrechtlich meist irrelevant seien, werde beispielsweise an Art. 95 Abs. 3 Bst. c ZPO ersichtlich, wonach bei Selbstvertretung einer Partei dieser nur in besonderen Fällen eine Umtriebsentschädigung als Parteikostenersatz zugesprochen werden. Allein der Umstand, dass eine Zugbegleiterin ein paar Schritte mehr habe gehen oder disziplinarisch auf Fahrgäste habe einwirken müssen, stelle keinen ersatzfähigen Schaden dar. Geringfügige interne Aufwendungen, die unbestrittenermassen betrieblichen Mehraufwand verursachten, seien haftpflichtrechtlich irrelevant.

Im Rahmen der Replik argumentiert die Verteidigung, der Kundendienst sei den ordentlichen Betriebskosten zuzurechnen. Es liege kein Schaden vor, wenn einzelne Ereignisse zu vermehrten Kundendienstanfragen führten. Es seien interne Kosten, die nicht auf Dritte überwältzt werden könnten. Zudem sei weder erwiesen noch behauptet, dass die Weigerung der Beschuldigten, eine Maske zu tragen, beim Kundendienst der Straf- und Zivilklägerin einen individuell-konkreten Mehraufwand verursacht habe. Die Adhäsionsklage sei damit zu wenig substantiiert, um irgendeinen Vermögensschaden zu belegen. Die Kundendienstkosten seien zudem auch nicht direkt kausal zu einem (bestrittenen) Fehlverhalten der Beschuldigten.

19. Vorbringen der Straf- und Zivilklägerin

Die Straf- und Zivilklägerin führt dazu aus, ihr Personal sei nicht dafür angestellt, drittverursachte Störungen zu beheben. Seine Aufgabe sei es, den Regelbetrieb abzuwickeln und allfällige betriebsbedingte Störungen zu beheben. Drittverursachte Störungen stellten einen Zusatzaufwand dar, womit deren Bewältigung zu Mehrkosten führten. Die geltend gemachten Aufwendungen würden keine Ohnehinkosten darstellen, sondern entsprächen den konkreten Kosten, die durch das Ereignis verursacht worden seien. Zusätzliche Mehrkosten entstünden durch eine erhöhte Anzahl von Kundenreaktionen, die entgegengenommen und behandelt werden müssten. Die von ihr gewählte Berechnungsmethode führe zu einem sachgerech-

ten Kostensatz und stelle sicher, dass Drittverursacher von Störungen nur genau den von ihnen verursachten Schaden übernehmen müssten.

In ihrer Duplik ergänzt die Straf- und Zivilklägerin, aufgrund des Verhaltens der Beschuldigten habe der betreffende Zug nicht gemäss Fahrplan verkehren können. Glücklicherweise sei die Durchfahrt durch den F._____ (Tunnel) auch mit Verspätung noch möglich gewesen, in G._____ seien aufgrund der Ankunftsverspätung jedoch Anschlüsse gebrochen. Die geltend gemachten Mehrkosten seien zweifellos kausal.

20. **Erwägungen der Kammer**

Durch den soeben erfolgten Schuldspruch lag mit der Weigerung der Beschuldigten, im Zug eine Gesichtsmaske zu tragen, eine widerrechtliche Handlung vor. Aus der Strafanzeige vom 28. Oktober 2020 ergibt sich, dass die Beschuldigte in der Folge in E._____ von der Kantonspolizei Bern in Empfang genommen wurde. Aufgrund des Polizeieinsatzes in E._____ konnte der Zug nicht rechtzeitig weiterfahren, weshalb er mit Verspätung durch den F._____ (Tunnel) fuhr. Dadurch konnten in G._____ die Anschlüsse nicht gewährleistet werden (pag. 2 und pag. 101). Die Straf- und Zivilklägerin macht mit ihrer Zivilklage Kosten geltend, die ihr durch diese Verspätung entstanden seien. Entgegen der Darstellung der Verteidigung geht es demnach nicht um Mehraufwände, die dadurch entstanden sind, dass die Zugbegleiterin «ein paar Schritte mehr gehen oder disziplinarisch auf Fahrgäste einwirken» musste, sondern um Aufwände, die angefallen sind, weil der betroffene Zug mit Verspätung abgefahren ist und deshalb in den Bahnverkehr eingegriffen werden musste, um die Abläufe im Verkehrsnetz sicherzustellen.

Wer Schadenersatz beansprucht, hat den Schaden gestützt auf Art. 42 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR; SR 220) zu beweisen. Ein nicht ziffernmässig nachweisbarer Schaden ist nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen (Art. 42 Abs. 2 OR). Diese Bestimmung enthält eine Beweiserleichterung zu Gunsten der geschädigten Person. Sie entbindet die geschädigte Person jedoch nicht davon, alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen. Die Beweiserleichterung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist restriktiv anzuwenden (BGE 133 III 462 E. 4.4.2, 122 III 219 E. 3a).

Die Straf- und Zivilklägerin belegt ihre Kosten mit dem Formular «Berechnung der betrieblichen Mehrkosten der C._____ (Bahngesellschaft) aufgrund von Abweichungen vom Regelbetrieb». Darin erläutert sie, dass wegen jeder Abweichung vom Regelbetrieb in den Ablauf des Bahnverkehrs eingegriffen werden müsse. Diese Eingriffe erfolgten für die H._____ (Organisationseinheit) durch das «I._____» und die «Regionalen I._____», für die J._____ (Organisationseinheit) durch «K._____», sodann durch die vier Betriebszentralen der C._____ (Bahngesellschaft) und durch den C._____ Kundendienst im M._____ (pag. 3). Aus den Erläuterungen geht weiter hervor, dass der von der Straf- und Zivilklägerin geltend gemachte Betrag auf Erfahrungs- und Durchschnittswerten basiert. Die Kosten, die bei H._____ und J._____ entstan-

den sind, werden berechnet, indem die Personalkosten dieser Einheiten durch alle von Ereignissen betroffenen H._____ - resp. J._____ -Züge während eines Jahres dividiert werden. Dies ergibt die Kosten, die im Schnitt pro Zug angefallen sind, der von einem Ereignis betroffen wurde. Für die Kosten bei den Betriebszentralen werden die Kosten der verrechneten Stunden durch die Anzahl betroffener Züge im Einflussbereich der Betriebszentralen dividiert. Dies ergibt die Kosten, die im Schnitt pro betroffenen Zug für die Betriebszentralen angefallen sind. Für die Kosten des C._____ Kundendiensts wurde prozentual erfasst, wie viele der gesamten Kundenkontakte auf Abweichungen vom Regelbetrieb zurückzuführen sind. Dieser Wert wurde in Bezug gesetzt zur Anzahl von Passagieren, die während eines Jahres von solchen Abweichungen betroffen waren. Auf diese Weise wurden die Kosten errechnet, die im Schnitt pro betroffenem Passagier beim C._____ Kundendienst anfallen. Diese Durchschnittswerte wurden sodann auf das konkrete Ereignis am 10. Oktober 2020 angewendet. Der Berechnungstabelle kann entnommen werden, dass die Einheiten von H._____ (Organisationseinheit) betreffend einen Zug aktiv werden mussten. Die Einheiten der C._____ Betriebszentralen mussten in Bezug auf drei Züge in den Verkehrsablauf eingreifen. Von der Verspätung betroffen waren insgesamt 104 Passagiere. In Anwendung der soeben erläuterten Durchschnittswerte, wies die Straf- und Zivilklägerin auf diese Weise Betriebskosten von CHF 285.73 aus, die aufgrund der Verspätung am 10. Oktober 2020 angefallen seien. Nicht darin enthalten sind weitere Kosten etwa wegen verpasster Anschlusszüge. Solche Kosten, die durch die Verspätung eines Zuges regelmässig zusätzlich anfallen, wurden vorliegend nicht geltend gemacht.

In Ermangelung der konkreten Zahlen für das Ereignis am 10. Oktober 2020 hat die Straf- und Zivilklägerin der Kammer somit eine detaillierte Berechnung vorgelegt, mit der die durchschnittlichen Kosten zur Bewältigung einer Abweichung vom regulären Bahnbetrieb eruiert werden. Die Kammer erachtet diese Berechnungsweise als nachvollziehbar und geeignet, die pro Ereignis entstandenen betrieblichen Kosten mit einer genügenden Präzision zu schätzen.

Ein Eingriff in den Bahnbetrieb dürfte für die Straf- und Zivilklägerin an der Tagesordnung liegen, weshalb die daraus entstandenen Kosten auf den ersten Blick als reguläre Betriebskosten erscheinen mögen. Das ändert aber nichts daran, dass es sich dabei um Aufwände mit Kostenfolgen handelte, die das Vermögen der Straf- und Zivilklägerin reduziert haben und die ohne das widerrechtliche Verhalten der Beschuldigten nicht angefallen wären – ein Schaden kann auch darin bestehen, dass der Geschädigte dazu gezwungen wird, höhere Ausgaben vorzunehmen, als geplant (BREHM, in: AEBI-MÜLLER/MÜLLER (Hrsg.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, 5. Auflage, Bern 2021, N 70e zu Art. 41 OR). Es ist für die Kammer deshalb nicht ersichtlich, weshalb es sich bei diesen ausgewiesenen Zusatzkosten für die Bearbeitung der durch die Beschuldigte verursachten Verspätung nicht um einen Schaden im haftpflichtrechtlichen Sinn handeln sollte. Der von der Verteidigung angeführte Vergleich mit Art. 95 Abs. 3 Bst. c ZPO ändert daran nichts, geht es doch in dieser Bestimmung nicht um haftpflichtrechtliche Schadenersatzzahlungen, sondern um Parteientschädigungen im Zivilprozess.

Die Verspätung und die dadurch anfallenden Mehrkosten bei der Straf- und Zivilklägerin sind direkt auf das widerrechtliche Verhalten der Beschuldigten zurückzuführen. Es war für die Beschuldigte zudem absehbar, dass die Weigerung, sich während einer Zugfahrt an gesetzliche Vorschriften zu halten, einen Polizeieinsatz am nächsten Bahnhof auslösen und dieser wiederum eine Abfahrtsverspätung mit Folgen für den gesamten Zugverkehr verursachen kann. Diese Folgen hat die Beschuldigte mit ihrem Verhalten zumindest in Kauf genommen.

Im Ergebnis schliesst sich die Kammer den Überlegungen der Vorinstanz vollumfänglich an (pag. 49, S. 14 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Die Straf- und Zivilklägerin hat den Betrag von CHF 285.73 hinreichend belegt. Die Beschuldigte wird in Anwendung von Art. 41 OR und Art. 126 StPO verpflichtet, der Straf- und Zivilklägerin Schadenersatz in der Höhe von CHF 285.73 zu bezahlen.

VI. Kosten und Entschädigung

21. Erstinstanzliches Verfahren

Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Der Schuldspruch der ersten Instanz wird im vorliegenden Verfahren vollumfänglich bestätigt. Demzufolge hat die Beschuldigte die erstinstanzlichen Verfahrenskosten von insgesamt CHF 1'350.00 zu tragen. Eine Entschädigung ist nicht auszurichten (Art. 429 StPO).

22. Oberinstanzliches Verfahren

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen wurden.

Die Beschuldigte beantragte vergeblich einen Freispruch sowie die Abweisung der Zivilklage. Die Kosten für das oberinstanzliche Verfahren werden in Anwendung von Art. 24 Abs. 1 Bst. a des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) auf CHF 1'500.00 bestimmt und zufolge ihres Unterliegens der Beschuldigten auferlegt. Für die Beurteilung des Zivilpunkts werden keine Kosten ausgeschrieben. Eine Entschädigung ist nicht auszurichten (Art. 429 StPO).

VII. Dispositiv

Die 2. Strafkammer erkennt:

I.

A._____ wird **schuldig erklärt**:

der **Widerhandlung gegen die Covid-19-Verordnung besondere Lage**, begangen am 10. Oktober 2020 im Zug auf der Strecke D._____-E._____

und in Anwendung der Artikel

3a Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage

6 Abs. 2 Bst. b, 40 Abs. 1, 83 Abs. 1 Bst. j EpG

47, 104, 106, 333 StGB

426, 428 StPO

verurteilt:

1. zu einer **Übertretungsbusse** von **CHF 100.00**.

Die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung wird auf 1 Tag festgesetzt.

2. zur Bezahlung der **erstinstanzlichen Verfahrenskosten** von **CHF 1'350.00**.
3. zur Bezahlung der **oberinstanzlichen Verfahrenskosten** von **CHF 1'500.00**.

II.

A._____ wird in Anwendung von Art. 41 OR sowie Art. 126 StPO weiter verurteilt:

1. Zur Bezahlung von **CHF 285.73 Schadenersatz** an die Straf- und Zivilklägerin C._____(Bahngesellschaft).
2. Für die Beurteilung des Zivilpunkts werden erst- und oberinstanzlich keine Kosten ausgeschieden.

III.

1. Zu eröffnen:
 - der Beschuldigten, v.d. Rechtsanwältin Dr. B._____
 - der Straf- und Zivilklägerin
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- dem Bundesamt für Gesundheit

Bern, 29. April 2022

Im Namen der 2. Strafkammer

Die Präsidentin:

Oberrichterin Bratschi

Die Gerichtsschreiberin:

Hafner

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.