

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

Beschluss

SK 22 634

Bern, 7. August 2023

Besetzung

Oberrichterin Weingart (Präsidentin i.V.), Oberrichter Wuillemin,
Oberrichter Gerber
Gerichtsschreiberin Walthard

Verfahrensbeteiligte

A. _____

Verurteilter/Gesuchsteller

gegen



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

Gesuchsgegnerin

Gegenstand

Revisionsgesuch vom 28. November 2022 gegen den Straf-
befehl der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom
31. Mai 2021 (BM _____)

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Strafbefehl vom 31. Mai 2021 wurde A. _____ (nachfolgend: Gesuchsteller) durch die Regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) wegen Widerhandlung gegen das Epidemiengesetz durch Teilnahme an einer Kundgebung von mehr als 15 Personen, begangen am 15. März 2021, 19:28 Uhr, schuldig erklärt (Verfahren BM _____). Der Gesuchsteller wurde mit einer Busse von CHF 100.00, bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise mit einer Freiheitsstrafe von einem Tag, bestraft. Zudem wurden ihm Gebühren in der Höhe von CHF 100.00 auferlegt. Infolge Rückzugs der Einsprache erwuchs der Strafbefehl in Rechtskraft.
2. Mit Eingabe vom 28. November 2022 reichte der Gesuchsteller beim Obergericht des Kantons Bern ein Revisionsgesuch ein. Der Gesuchsteller beantragte, der Strafbefehl vom 26. Mai 2021 (recte: 31. Mai 2021) sei für nichtig zu erklären bzw. aufzuheben und die bereits bezahlte Busse und die Gebühren seien auf sein Konto zurückzuerstatten (pag. 1).
3. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2022 wurde vom Eingang des Revisionsgesuchs Kenntnis genommen und die amtlichen Akten bei der Staatsanwaltschaft ediert (pag. 9 f.).
4. Mit Verfügung vom 16. Januar 2023 wurde vom Eingang der edierten Akten der Staatsanwaltschaft Kenntnis genommen. Dem Gesuchsteller wurde unter Hinweis auf die Beschlüsse der Strafkammern des Obergerichts des Kantons Bern SK 21 400, 21 439, 21 475, 22 38 und 22 99 Gelegenheit geboten, sein Gesuch zurückzuziehen (pag. 19 f. und pag. 27 f.).
5. Mit Verfügung vom 20. März 2023 wurde festgestellt, dass der Gesuchsteller sein Revisionsgesuch nicht zurückgezogen hat. Der Generalstaatsanwaltschaft/Gesuchsgegnerin (nachfolgend: Generalstaatsanwaltschaft) wurde eine Kopie des Revisionsgesuchs zugestellt und sie wurde aufgefordert, eine Stellungnahme einzureichen (pag. 33 f.).
6. Die Generalstaatsanwaltschaft beantragte mit Stellungnahme vom 29. März 2023 die Abweisung des Revisionsgesuchs, soweit darauf einzutreten sei, sowie die Auferlegung der Verfahrenskosten an den Gesuchsteller (pag. 39 ff.).
7. Mit Verfügung vom 30. März 2023 wurde vom Eingang der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft Kenntnis genommen und durch Zustellung einer Kopie an den Gesuchsteller gegeben. Es wurde mitgeteilt, dass der Schriftenwechsel als abgeschlossen erachtet werde und allfällige Schlussbemerkungen innert fünf Tagen einzureichen seien. Gleichzeitig wurde die Zusammensetzung der Kammer bekannt gegeben (pag. 47 f.).

8. Der Gesuchsteller reichte keine Schlussbemerkungen ein.
9. Mit Verfügung vom 31. Juli 2023 wurde eine neue Zusammensetzung der Kammer bekannt gegeben (pag. 53 f.).

II. Ausgangslage

10. Im Zusammenhang mit der Covid-19 Pandemie beschränkte der Kanton Bern die Anzahl Teilnehmende an politischen und zivilgesellschaftlichen Kundgebungen für die Zeit vom 19. Dezember 2020 bis 31. Mai 2021 stark (Art. 6a der Verordnung vom 4. November 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie [Covid-19 V; BSG 815.123], Stand 18. Dezember 2020 bis Stand 27. Mai 2021). Als Folge dieser Massnahme waren im Kanton Bern am 15. März 2021 Kundgebungen von mehr als 15 Personen verboten. Der Strafbefehl, der dem vorliegenden Revisionsgesuch zu Grunde liegt, stützt sich auf diesen Art. 6a Covid-19 V.
11. Mit Urteil des Bundesgerichts 2C_308/2021 vom 3. September 2021 wurde diese kantonale Bestimmung für bundesrechtswidrig erklärt, da sie in unverhältnismässiger Weise in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit eingegriffen habe. Der Gesuchsteller nennt in seinem Revisionsgesuch zwar das Urteil des Bundesgerichts 2C_290/2021 vom 3. September 2021, aus dem Kontext ergibt sich jedoch, dass er sich auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_308/2021 vom 3. September 2021 bezieht.

III. Eintretensfrage

12. Wer durch einen rechtskräftigen Strafbefehl beschwert ist, kann nach Art. 410 Abs. 1 StPO die Revision verlangen, wenn neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, einen Freispruch oder eine wesentlich mildere Bestrafung der verurteilten Person herbeizuführen (Bst. a); wenn der Entscheid mit einem späteren Strafentscheid, der den gleichen Sachverhalt betrifft, in unverträglichem Widerspruch steht (Bst. b); oder wenn sich in einem anderen Strafverfahren erweist, dass durch eine strafbare Handlung auf das Ergebnis des Verfahrens eingewirkt worden ist, wobei eine Verurteilung nicht erforderlich ist und der Beweis, sofern das Strafverfahren nicht durchführbar ist, auf andere Weise erbracht werden kann (Bst. c). Revisionsgesuche sind gemäss Art. 411 Abs. 1 StPO schriftlich und begründet beim Berufungsgericht einzureichen. Im Gesuch sind die angerufenen Revisionsgründe zu bezeichnen und zu belegen. Gesuche nach Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO sind innert 90 Tagen nach Kenntnisnahme des betreffenden Entscheids zu stellen. In den Fällen nach Art. 410 Abs. 1 Bst. a StPO ist das Revisionsgesuch an keine Frist gebunden (Art. 411 Abs. 2 StPO).
13. Als verurteilte Person ist der Gesuchsteller durch den fraglichen Strafbefehl beschwert und somit zur Gesuchstellung legitimiert. Mit dem rechtskräftigen Strafbefehl

fehl liegt ein revisionsfähiger Entscheid im Sinne von Art. 410 Abs. 1 StPO vor. Das Gesuch wurde formgerecht gestellt (Art. 411 Abs. 1 StPO).

14. Der Gesuchsteller macht einerseits die Nichtigkeit respektive die Anfechtbarkeit des Strafbefehls geltend. Zusätzlich nennt er sinngemäss den Revisionsgrund des unverträglichen Widerspruchs mit einem späteren Entscheid gemäss Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO. Er stützt sich somit einerseits direkt auf die vom Bundesgericht festgestellte Bundesrechtswidrigkeit der entsprechenden Bestimmung der Covid-19 V, andererseits auf einen der genannten strafprozessualen Revisionsgründe.
15. Die Kammer ist als Berufungsgericht für die Beurteilung von Revisionsgesuchen zuständig (Art. 21 Abs. 1 Bst. b und Art. 411 Abs. 1 StPO). Da eine allfällige Nichtigkeit von sämtlichen staatlichen Instanzen beachtet werden muss (BGE 130 III 430 E. 3.3), erachtet sich die Kammer vorliegend auch für jene Rügen als zuständig, die sich direkt auf die vom Bundesgericht festgehaltene Bundesrechtswidrigkeit beziehen und nicht auf einen Revisionsgrund gemäss Art. 410 StPO.

Sofern sich der Gesuchsteller auf den Revisionsgrund des unverträglichen Widerspruchs mit einem späteren Strafentscheid gemäss Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO stützt, ist das Revisionsgesuch innert 90 Tagen nach Kenntnisnahme des betreffenden Entscheids zu stellen. In den übrigen Fällen sind Revisionsgesuche an keine Frist gebunden (Art. 411 Abs. 2 StPO). Das Gesuch datiert vom 28. November 2022 und ging beim Obergericht am 30. November 2022 ein. Der Gesuchsteller verweist zur Begründung dieses Revisionsgrundes pauschal darauf, dass in Fällen mit identischem Sachverhalt Einsprachen hängig seien, bei denen mit einer Einstellung der Verfahren zu rechnen sei. Dies stehe in klarem Widerspruch zu seiner Verurteilung. Der Gesuchsteller nannte keine konkreten, bereits erfolgten Verfahrenseinstellungen. Es erscheint daher fraglich, ob der Gesuchsteller innert 90 Tagen nach Kenntnisnahme einer Einstellungsverfügung sein Revisionsgesuch eingereicht, resp. die Frist von 90 Tagen eingehalten hat. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist das Gesuch abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Es kann daher offen gelassen werden, ob die Frist vom Gesuchsteller eingehalten wurde.

IV. Fragestellung und Vorbringen der Parteien

16. Urteil des Bundesgerichts 2C_308/2021 vom 3. September 2021

Hintergrund des vorliegenden Revisionsgesuchs ist, wie bereits erwähnt, das Urteil des Bundesgerichts 2C_308/2021 vom 3. September 2021. In diesem Entscheid hiess das Bundesgericht eine Beschwerde vom 12. April 2021 gut, in der beantragt wurde, es sei die Nichtigkeit von Art. 6a Covid-19 V festzustellen, eventuell sei Art. 6a Covid-19 V aufzuheben. Das Bundesgericht erklärte Art. 6a Covid-19 V in der Fassung vom 19. März 2021 für bundesrechtswidrig und führte in seinen Erwägungen zusammengefasst Folgendes aus:

Das anhand einer abstrakten Normenkontrolle zu prüfende streitige Verbot für politische und zivilgesellschaftliche Kundgebungen von mehr als 15 Personen sei ein schwerer Eingriff in die Versammlungsfreiheit. Es setze somit eine formell-gesetzliche Grundlage voraus. Die angefochtene Verordnung des Kantons Bern sei kein formelles Gesetz und könne nicht selber eine hinreichende gesetzliche Grundlage für den Grundrechtseingriff darstellen (E. 5.1.). Art. 40 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (EpG; SR 818.101) stelle allerdings eine hinreichende formell-gesetzliche Grundlage für die verhängten Einschränkungen dar, womit die angefochtene Verordnung prinzipiell eine hinreichende gesetzliche Grundlage habe (E. 5.4.). Der Bundesrat habe in Art. 6 der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26, Stand 29. Oktober 2020) Veranstaltungen grundsätzlich verboten, die politischen und zivilgesellschaftlichen Kundgebungen und die Unterschriftensammlungen von diesem Verbot aber ausgenommen. Demgegenüber erstreckte Art. 6a Covid-19 V in der Fassung vom 19. März 2021 das Veranstaltungsverbot auch auf politische und zivilgesellschaftliche Kundgebungen von mehr als 15 Personen. Es liege auf der Hand, dass diese Vorschrift von der eidgenössischen Verordnung abweiche (E. 5.5.2.). Aus Art. 8 Covid-19-Verordnung besondere Lage ergebe sich ausdrücklich, dass der Kanton unter den im Artikel genannten Voraussetzungen auch zusätzliche Massnahmen treffen könne, d.h. solche, die über das hinausgehen würden, was der Bundesrat in den vorangehenden Bestimmungen der Verordnungen angeordnet habe. Der Kanton könne namentlich auch Einschränkungen für Veranstaltungen vorsehen, welche über die bundesrechtlichen Einschränkungen hinausgehen würden. Der blosse Umstand, dass der Kanton Bern einschneidendere Einschränkungen vorsehe als der Bundesrat oder als andere Kantone, sei für sich allein noch kein Grund, die Regelung als bundesrechtswidrig zu bezeichnen. Der Kanton müsse aber die in Art. 8 Verordnung besondere Lage enthaltenen Voraussetzungen erfüllen (E. 5.5.3.).

Die per 15. März 2021 geltende Covid-19-Verordnung besondere Lage habe ab 9. Dezember 2020 in Art. 8 Folgendes vorgesehen:

Art. 8 Zusätzliche Massnahmen der Kantone

¹ Der Kanton trifft zusätzliche Massnahmen nach Art. 40 EpG, wenn:

- a. die epidemiologische Lage im Kanton oder in einer Region dies erfordert; er beurteilt die Lage namentlich aufgrund folgender Indikatoren und ihrer Entwicklung:
 1. Inzidenz (7-Tage, 14-Tage),
 2. Anzahl Neuinfektionen (pro Tag, pro Woche),
 3. Anteil positiver Test an der Gesamtzahl durchgeführter Tests (Positivitätsrate),
 4. Anzahl durchgeführter Test (pro Tag, pro Woche),
 5. Reproduktionszahl,
 6. Kapazitäten im stationären Bereich sowie Anzahl neu hospitalisierter Personen (pro Tag, pro Woche), einschliesslich solcher in der Intensivpflege;
- b. er aufgrund der epidemiologischen Lage nicht mehr die notwendigen Kapazitäten für die erforderliche Identifizierung und Benachrichtigung ansteckungsverdächtiger Personen nach Art. 33 EpG bereitstellen kann.

² Er gewährleistet dabei namentlich die Ausübung der politischen Rechte sowie der Glaubens- und Gewissensfreiheit.

³ Er hört vorgängig das BAG an und informiert dieses über die getroffenen Massnahmen.

In Bezug auf die Voraussetzung der Erforderlichkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a Covid-19-Verordnung besondere Lage hielt das Bundesgericht einerseits fest, es sei allgemeinnotorisch, dass ab Herbst 2020 wegen der grossen Zahl von Infektionsfällen eine umfassende Identifizierung und Benachrichtigung ansteckungsverdächtiger Personen nicht mehr möglich gewesen sei. Andererseits integrierte es die abschliessende Prüfung der Erforderlichkeit in die anschliessende Grundrechtsprüfung zur Versammlungsfreiheit (E. 5.5.4.). Diese Prüfung nahm das Bundesgericht in den folgenden Erwägungen vor und kam dabei zum Schluss, dass das vom Kanton Bern verordnete Verbot eine Einschränkung der Versammlungsfreiheit darstelle und diese nur zulässig sei, wenn sie eine hinreichende gesetzliche Grundlage habe, durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt, verhältnismässig sei und den Kerngehalt nicht antaste. Eine hinreichende gesetzliche Grundlage liege vor (E. 6.1. ff.). Es bestehe zudem ein öffentliches Interesse (E. 6.5.). Die Einschränkung von zwischenmenschlichen Kontakten sei weiter geeignet, die Übertragung von Viren und damit auch die durch Virenübertragung verursachten Infektionen und Krankheiten zu reduzieren (E. 7.5.). Im Ergebnis sei aber die Beschränkung der Anzahl Teilnehmenden an politischen und zivilgesellschaftlichen Kundgebungen von 15 Personen aufgrund des Umstandes, dass das gesundheitspolizeiliche Ziel mit mildereren Massnahmen erreicht werden könne und angesichts des hohen öffentlichen Interesses an Kundgebungen weder erforderlich noch zumutbar gewesen. Die Verordnungsbestimmung des Kantons Bern stelle einen unverhältnismässigen und somit unzulässigen Eingriff in die Versammlungsfreiheit dar und erweise sich als verfassungswidrig (E. 7.6. ff.). Die Begrenzung der Teilnehmenden auf die zum massgeblichen Zeitpunkt von Bundesrechts wegen für private Veranstaltungen geltende Zahl von 15 Personen schränke die Versammlungsfreiheit in Bezug auf Demonstrationen derart ein, dass diese praktisch ihres Gehalts entleert würde. In diesem Kontext sei die Ausübung der Versammlungsfreiheit nahezu verunmöglicht, was letztlich einem faktischen Verbot von Kundgebungen gleichkomme (E. 7.8.2.).

Die Beschwerde erwies sich daher als begründet und das Bundesgericht stellte fest, dass Art. 6a Covid-19 V in der Fassung vom 19. März 2021 bundesrechtswidrig gewesen sei (E. 8.2.).

17. Fragestellung

Nachfolgend ist zunächst zu prüfen, ob die Feststellung des Bundesgerichts, dass Art. 6a Covid-19 V bundesrechtswidrig war, zur Nichtigkeit des Strafbefehls führte und dies von der Kammer zu beachten ist.

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der vom Gesuchsteller vorgebrachte strafprozessuale Revisionsgrund gegeben ist.

18. **Vorbringen des Gesuchstellers**

Der Gesuchsteller bringt zusammengefasst vor, er sei mit Strafbefehl vom 26. Mai 2021 (recte: 31. Mai 2021) wegen Widerhandlung gegen das Epidemien-gesetz zu einer Busse, verbunden mit dem Tragen der Gebühren für das Verfah-ren, verurteilt worden. Der Strafbefehl stütze sich dabei auf den damaligen Art. 6a Covid-19 V. Das Bundesgericht habe diesen Artikel mit dem Bundesgerichtsurteil 2C_290/2021 (recte: 2C_308/2021) vom 3. September 2021 für nichtig erklärt. So-mit fehle es an der Rechtsgrundlage für eine Verurteilung und der Strafbefehl sei ebenfalls als nichtig zu betrachten. Zudem seien in Fällen mit identischem Sach-verhalt Einsprachen hängig; in diesen Fällen sei mit Einstellungen der Verfahren zu rechnen. Dies stehe in klarem Widerspruch zu seiner Verurteilung. Auch deshalb sei der Strafbefehl aufzuheben, falls er nicht ohnehin als nichtig betrachtet werde. Die von ihm bereits bezahlte Busse und die Gebühren seien auf ein Konto zurück-zuerstatten und der Kanton Bern habe die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu bezahlen (pag. 1).

19. **Vorbringen der Generalstaatsanwaltschaft**

Die Generalstaatsanwaltschaft brachte in ihrer Stellungnahme zusammengefasst Folgendes vor:

Der Gesuchsteller rufe sinngemäss den Revisionsgrund von Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO an, der gemäss Art. 411 Abs. 2 StPO fristgebunden sei. Ob mit dem Revisi-onsgesuch vom 28. November 2022 die 90-tägige Frist seit Kenntnissnahme des Entscheids gewahrt worden sei, sei fraglich, zumal der Gesuchsteller keinen kon-kreten Entscheid anführe, sondern lediglich pauschal auf «Fälle mit identischem Sachverhalt» verweise, in denen Einsprachen hängig seien, und bei denen mit ei-ner Einstellung der Verfahren zu rechnen sei. Ob das Gesuch fristgerecht einge-reicht worden sei, könne allerdings offenbleiben, zumal es ohnehin abzuweisen sei. Nach Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO sei ein Revisionsgrund gegeben, wenn der ange-fochtene Entscheid mit einem späteren Strafentscheid, der den gleichen Sachver-halt betreffe, in unverträglichem Widerspruch stehe. Entsprechend werde auch ein Widerspruch zu einem späteren Prozessurteil nicht als Revisionsgrund anerkannt. Diese Bestimmung habe ihren eigentlichen Anwendungsbereich dort, wo das Ge-richt von mehreren Teilnehmern an der gleichen Tat die einen verurteile und später andere freispreche, weil es die strafbare Handlung überhaupt nicht für erfüllt oder erwiesen halte. Weitere Anwendungsfälle würden in der Praxis darin gesehen, dass eine andere Person als der Verurteilte für die gleiche Handlung schuldig ge-sprochen worden sei oder zwei Personen für eine Straftat zur Rechenschaft gezo-gen worden seien, die nach dem klaren Sachverhalt nur von einem einzigen Täter begangen worden sei. Entsprechend dem Grundkonzept der Revision, bei welcher es einzig um eine Korrektur des die Grundlage eines Urteils bildenden Sachver-halts gehe, sei grundsätzlich eine bloss abweichende Beurteilung von Rechtsfra-gen nicht revisionsbegründend, selbst wenn bei zwei Urteilen identische Fragen zu beurteilen gewesen seien. Eine Revision lasse sich auch nicht durch eine spätere Änderung der Rechtsprechung oder Gesetzgebung rechtfertigen. Mit der Revision

solle der dem Urteil zugrunde gelegte Sachverhalt, der als unrichtig erachtet werde, korrigiert werden. Rechtsirrtümer in rechtskräftig gewordenen Entscheiden seien irreparabel. Das Interesse an der Rechtsbeständigkeit, mithin der Rechtssicherheit, gehe hier abgesehen von äusserst krassen Fällen vor. Der Revisionsgrund des unverträglichen Widerspruchs solle nur zur Vermeidung krass stossender Ergebnisse, also im absoluten Ausnahmefall, zum Tragen kommen. Soweit der Gesuchsteller pauschal auf «Fälle mit identischem Sachverhalt» verweise, in denen Einsprachen hängig seien und bei denen mit einer Einstellung der Verfahren zu rechnen sei, werde damit kein Strafscheid im Sinne von Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO genannt. Weder würden die Verfahren spezifiziert noch sei klar, ob diese tatsächlich denselben Sachverhalt betreffen würden. Insbesondere aber gehe aus den Ausführungen des Gesuchstellers hervor, dass diese Verfahren mangels genügender gesetzlicher Rechtsgrundlagen eingestellt würden, womit der Sachverhalt in tatsächlicher Hinsicht gar nicht gewürdigt worden wäre. Damit habe kein einschlägiger unverträglicher Widerspruch entstehen können und diese Einstellungen kämen grundsätzlich nicht als widersprechendes Urteil gemäss Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO in Frage.

Der Gesuchsteller führe an, dass der dem Strafbefehl zugrundeliegende Art. 6a Covid-19 V mit Bundesgerichtsurteil 2C_290/2021 (recte: 2C_308/2021) vom 3. September 2021 durch Gutheissen einer entsprechenden Beschwerde verschiedener Organisationen für nichtig befunden worden sei, womit eine gesetzliche Grundlage für die Verurteilung nach der Covid-19 V fehle und der Strafbefehl als nichtig zu betrachten sei. Dazu sei festzuhalten, dass mit Bundesgerichtsurteil vom 3. September 2021 einzig und explizit festgestellt worden sei, dass Art. 6a Covid-19 V, in der Fassung vom 19. März 2021, bundesrechtswidrig gewesen sei. Der Gesuchsteller sei allerdings wegen Teilnahme an einer Kundgebung von mehr als 15 Personen vom 15. März 2021 verurteilt worden, d.h. nach der Fassung vom 3. März 2021. Entsprechend sei nicht zutreffend, dass das Bundesgericht den damalig geltenden Artikel, auf den sich der Strafbefehl gestützt habe, für nichtig erklärt habe. Sogar wenn die Feststellungen des Bundesgerichts auch für die vorliegend in Frage stehende Fassung der Verordnung Geltung beanspruchen sollten, folge daraus allerdings nicht, dass auch die gestützt darauf ergangenen Rechtsanwendungsakte nichtig wären. Das Bundesgericht pflege im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle kantonale Erlasse oder Bestimmungen, die gegen die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung oder gegen Vorschriften des Bundesrechts verstossen, aufzuheben, wobei diese Aufhebung «ex nunc et pro futuro» wirke, und nicht «ex tunc». Bisher ergangene Rechtsanwendungsakte blieben von der Aufhebung unberührt. Formell rechtskräftige Einzelakte, die sich auf bundesrechtswidriges kantonales Recht abstützten, seien nicht nichtig, sie blieben aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes grundsätzlich gültig. Dabei sei zu beachten, dass im Bereich des Strafrechts die Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung sei. Nach der Rechtsprechung könne es nicht angehen, allenfalls noch nach Jahren ein unangefochten gebliebenes und in formelle Rechtskraft erwachsenes Strafurteil nichtig zu erklären. Dass die engen Voraussetzungen der Nichtigkeit vorliegend erfüllt seien, werde vom Gesuchsteller weder begründet, noch sei es ersichtlich. Der Strafbefehl sei von der zuständigen Behörde im korrekten Verfahren erlassen worden. Die der Verurteilung zugrundeliegende Verordnung sei zum De-

liksttag in Kraft gewesen. Dass diese allenfalls bundesrechtswidrig gewesen sei, sei weder offensichtlich noch leicht erkennbar gewesen. Es seien zusammengefasst keine Gründe ersichtlich, aus denen der Strafbefehl für nichtig zu erklären wäre. Weitere Revisionsgründe würden vom Gesuchsteller nicht vorgebracht. Beim beantragten Verfahrensausgang seien die Verfahrenskosten vom Gesuchsteller zu tragen (pag. 39 ff.).

V. Nichtigkeit

20. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht liess im Urteil 2C_308/2021 vom 3. September 2021 offen, was sein Entscheid für gestützt auf den bundesrechtswidrigen Art. 6a Covid-19 V erlassene, rechtskräftige Rechtsakte bedeutet. Zu der von den Beschwerdeführern hauptsächlich beantragten Feststellung der Nichtigkeit hielt es lediglich fest (E. 2):

Die Beschwerdeführer beantragen im Hauptantrag die Feststellung der Nichtigkeit von Art. 6a Covid-19 V/BE. Sie begründen dies damit, die Verordnung verstosse gegen Bundesrecht. Die Frage nach den rechtlichen Folgen für kantonales Recht, das Bundesrecht entgegensteht, wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet, wobei in der neueren Literatur eine differenzierte Auffassung vertreten wird (vgl. ALEXANDER RUCH, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 21 zu Art. 49 BV; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2017, N. 8 zu Art. 49 BV; jeweils mit Hinweisen; vgl. auch ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. 2020, S. 378 f.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, S. 326 f. Rz. 846 ff.). Die Möglichkeit, im abstrakten Normenkontrollverfahren jederzeit die Nichtigkeit einer kantonalen Norm feststellen zu können, würde namentlich die gesetzlichen Fristen für die abstrakte Anfechtung von Normen (Art. 101 BGG) aushebeln. Weil aber die Beschwerde rechtzeitig erhoben wurde, ist die Frage, ob eine bundesrechtswidrige Norm aufzuheben oder nichtig sei, vorliegend ohnehin gegenstandslos.

Auch in anderem Zusammenhang hat sich das Bundesgericht zu dieser Frage noch nicht geäußert.

21. Allgemeine theoretische Ausführungen

Kantonales Recht kann in verschiedener Hinsicht bundesrechtswidrig sein. Kantonales Recht verstösst einerseits gegen Bundesrecht, wenn der Kanton über seine Kompetenzen hinaus legiferiert hat («Kompetenzkonflikt»). Kantonales und eidgenössisches Recht können sich jedoch auch widersprechen, obwohl der Kanton eine Regelung im Rahmen seiner Zuständigkeit erlassen hat («reiner Normkonflikt»; BIAGGINI, Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2017, N 8 zu Art. 49; TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, S. 324; etwas andere Einteilung bei WALDMANN, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, 1. Aufl. 2015, N 12 ff. zu Art. 49). So kann sich der Konflikt zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht daraus ergeben, dass Bund und Kantone innerhalb des gleichen Regelungsgegenstandes die gleiche Rechtsfrage in widersprechender Weise regeln (Normkonflikt und gleichzeitig Kompetenzkonflikt) oder wenn Bund und Kantone innerhalb des gleichen Rege-

lungsgegenstandes unterschiedliche Rechtsfragen so regeln, dass im Einzelfall widersprechende Rechtsfolgen eintreten können (in der Regel reiner Normkonflikt; TSCHANNEN, a.a.O., S. 324). In der Praxis beinhaltet ein Normkonflikt oft auch einen Kompetenzkonflikt.

Kompetenzwidrige kantonale Erlasse galten nach der früher herrschenden Lehre als nichtig, was als logische Folge die Nichtigkeit aller darauf gestützter Rechtsakte zur Folge gehabt hätte (für eine Übersicht: TSCHANNEN, a.a.O., S. 327; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, S. 359, Rz. 1191a; WALDMANN, a.a.O. N 23 zu Art. 49).

In der neueren Lehre werden – wie vom Bundesgericht im Urteil 2C_308/2021 festgehalten – diesbezüglich differenziertere Ansichten vertreten. Nach BIAGGINI bleiben formell rechtskräftige Einzelakte, die sich auf bundesrechtswidriges kantonales Recht abstützten, aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes grundsätzlich gültig. Nur ganz ausnahmsweise komme für den Einzelakt die Rechtsfolge der Nichtigkeit in Betracht (BIAGGINI, a.a.O., N 8 zu Art. 49). Gemäss HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR wirkt die Aufhebung verfassungswidriger kantonaler Normen durch das Bundesgericht nur für die Zukunft (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., S. 359 Rz. 1191). Konkrete Anwendungsakte, die aufgrund von bundesrechtswidrigem kantonalem Recht erfolgten, würden im Normalfall in formelle Rechtskraft erwachsen, wenn sie nicht mit Erfolg angefochten worden seien. Die Frage der Nichtigkeit stelle sich nur bei einem ganz schweren und offensichtlichen Mangel und nur, wenn die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährde (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., S. 360 Rz. 1194). Nach WALDMANN wirkt die Aufhebung «ex nunc et pro futuro», ohne dass es noch einer formalen Aufhebung durch den kantonalen Gesetzgeber bedarf. Bisher ergangene Rechtsanwendungsakte würden davon unberührt bleiben (WALDMANN, a.a.O., N 22 zu Art. 49). Wo Bundesrecht und kantonales Recht dieselbe Rechtsfrage aus dem Bereich desselben Regelungsgegenstandes unterschiedlich regelten, liege i.d.R. gleichzeitig ein Kompetenz- und ein Normkonflikt vor. Für solche Konstellationen würden die folgenden Grundsätze zur Anwendung kommen (WALDMANN, a.a.O., N 30 zu Art. 49): Eine Annahme der Nichtigkeit für eine kompetenzwidrige kantonale Regelung würde sich nur rechtfertigen, wenn die Kompetenzverletzung besonders schwer wiege, gleichzeitig aber auch offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet sei. In den übrigen Fällen sei der Anwendungsakt lediglich anfechtbar (WALDMANN, a.a.O. N 24 f. zu Art. 49). Gemäss TSCHANNEN erwachsen Anwendungsakte gestützt auf kompetenzwidriges kantonales Recht in formelle Rechtskraft, wenn sie unangefochten bleiben. Nichtig wäre der Anwendungsakt nur in kaum denkbaren Extremfällen, nämlich, wenn er wegen der Kompetenzwidrigkeit des zugrundeliegenden kantonalen Erlasses einen besonders schweren Mangel aufweise, dieser Mangel offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sei und durch Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet werde (vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, S. 327 Rz. 847).

Zusammengefasst vertreten sämtliche zitierten Meinungen aus der neueren Lehre die Ansicht, dass gestützt auf eine bundesrechtswidrige Bestimmung erlassene, nicht angefochtene Einzelakte grundsätzlich weiterbestehen resp. in Rechtskraft

erwachsen. Die Hürde für eine Nichtigkeit wird hoch angesetzt, wobei den allgemeinen bundesgerichtlichen Kriterien für die Nichtigkeit gefolgt wird: Fehlerhafte Entscheide sind nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 144 IV 362 E. 1.4.3. mit Hinweisen).

Die Nichtigkeit eines hoheitlichen Aktes muss jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen beachtet werden (BGE 130 III 430 E. 3.3).

22. **Erwägungen der Kammer**

Die Kammer sieht keinen Grund, von den obgenannten weitgehend übereinstimmenden Lehrmeinungen (vgl. Ziffer 21 hiervor) abzuweichen, zumal diese einleuchtend Bezug nehmen auf die allgemeinen bundesgerichtlichen Voraussetzungen für die Nichtigkeit.

Gemäss Bundesgericht erwies sich die Teilnahmebegrenzung des Kantons Bern an Kundgebungen gemäss Art. 6a Covid-19 V als unzulässiger Eingriff in die Versammlungsfreiheit (Urteil des Bundesgerichts 2C_308/2021 vom 3. September 2021). Die Bestimmung widersprach somit dem übergeordneten Bundesrecht, womit ein Normkonflikt vorliegt. Obwohl sich dieser Bundesgerichtsentscheid auf Art. 6a Covid-19 V, Stand 19. März 2021 [in Kraft vom 22. März 2021 bis 18. April 2021], bezog, müssen die entsprechenden Erwägungen zur Frage der Nichtigkeit sinngemäss auch für Art. 6a Covid-19 V, Stand 3. März 2021 [in Kraft vom 11.-21. März 2021], gelten, der im Zeitpunkt der Tatbegehung am 15. März 2021 in Kraft war: Die tatsächlichen Umstände, die rechtlichen Gegebenheiten und der Wortlaut der vorliegend relevanten Bestimmung haben sich in der Version vom 19. März 2021 im Vergleich zu jener vom 3. März 2021 nicht verändert.

Der Regierungsrat des Kantons Bern war gestützt auf Art. 40 Abs. 1 und 2 EpG i.V.m. Art. 2 und Art. 8 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 15. März 2021) grundsätzlich zum Erlass der Covid-19 V befugt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 5.6.). Entscheidend für die Kompetenz zum Erlass weiterer Massnahmen war jedoch gemäss Art. 8 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 15. März 2021), ob die epidemiologische Lage diese Massnahme erforderte. Die Erforderlichkeit der Teilnahmebeschränkung gemäss Art. 6a Covid-19 V wurde vom Bundesgericht verneint, da das gesundheitspolitische Ziel mit milderer Massnahmen erreicht werden konnte und die Teilnahmebeschränkung angesichts des hohen öffentlichen Interesses an Kundgebungen weder erforderlich noch zumutbar war (zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 6 ff.). Der Regierungsrat des Kantons Bern hätte damit die Teilnahmebegrenzung auf 15 Personen nicht erlassen dürfen, da dies gemäss Art. 8 i.V.m. Art. 6c Abs. 2 und Art. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 15. März 2021) in der Bundeskompetenz verblieb. Damit erweist sich Art. 6a Covid-19 V als kompetenz- resp. bundesrechtswidriges kantonales Recht. Gemäss der neueren Lehre und der Ansicht der Kammer ist damit zu prüfen, ob der Mangel besonders schwer ist, die Fehlerhaftig-

keit offensichtlich oder leicht erkennbar war und die Rechtssicherheit durch die Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet würde (vgl. Erwägungen oben Ziff. 21).

Auch wenn dies vom Gesuchsteller nicht vorgebracht wurde, kann festgehalten werden, dass der angefochtene Strafbefehl grundsätzlich durch die zuständige Staatsanwaltschaft erging. Eine funktionelle oder sachliche Unzuständigkeit liegt damit nicht vor (vgl. BGE 144 IV 362 E. 1.4.3.).

Nach dem Grundsatz, wonach eine Strafe nur wegen einer Tat verhängt werden darf, die das Gesetz ausdrücklich zur Straftat erklärt hat (*nulla poena sine lege*; Art. 1 StGB) und der Tatsache, dass Art. 6a Covid-19 V bundesrechtswidrig war, kann ohne Weiteres angenommen werden, es handle sich bei der Verfassungswidrigkeit der Teilnahmebeschränkung um einen besonders schweren Mangel.

In Bezug auf die Erkennbarkeit dieser Bundesrechtswidrigkeit sind die epidemiologischen Entwicklungen im Winter/Frühling 2021 zu berücksichtigen, die sich massgeblich auf die damaligen Erlasse ausgewirkt haben. Wie das Bundesgericht ausführte, kann als notorisch angenommen werden, dass seit Herbst 2020 wegen der grossen Zahl von Infektionsfällen eine umfassende Identifizierung und Benachrichtigung ansteckungsverdächtiger Personen nicht mehr möglich war (Urteil des Bundesgerichts 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 5.4.4.). Am 18. Dezember 2020 – als der Kanton Bern Art. 6a Covid-19 V einführte – teilte das Bundesamt für Gesundheit (BAG) mit, die epidemiologische Lage sei besorgniserregend. Die Zahl der Ansteckungen sei sehr hoch und steige wieder an. Die Spitäler und das Gesundheitspersonal seien seit Wochen sehr stark belastet und die Festtage würden das Risiko eines beschleunigten Anstiegs erhöhen. Der Bundesrat habe deshalb an seiner Sitzung vom 18. Dezember 2020 nach Konsultation der Kantone die nationalen Massnahmen gegen die Ausbreitung des Coronavirus noch einmal verstärkt. Ziel sei es, die Zahl der Kontakte stark zu reduzieren. Ab Dienstag, 22. Dezember 2020, seien Restaurants sowie Freizeit-, Sport- und Kultureinrichtungen geschlossen. Ziel der Massnahmen sei es, die Fallzahlen deutlich und rasch zu senken, um die Menschen vor dem Virus zu schützen, die Gesundheitsversorgung sicherzustellen und das Gesundheitspersonal zu entlasten. Den Kantonen müsse es wieder möglich sein, das Testen, die Nachverfolgung der Kontakte, die Isolation und die Quarantäne lückenlos zu gewährleisten (Medienmitteilung des BAG vom 18. Dezember 2020, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-81745.html>, zuletzt abgerufen am 12. Juli 2023). Am 24. Februar 2021 teilte der Bundesrat mit, ab Montag, 1. März 2021, könnten Läden, Museen und Lesesäle von Bibliotheken wieder öffnen, ebenso Aussenbereiche von Sport- und Freizeitanlagen, Zoos und botanischen Gärten. Im Freien seien Treffen im Familien- und Freundeskreis sowie sportliche und kulturelle Aktivitäten mit bis zu 15 Personen wieder erlaubt. Mit der vorsichtigen, schrittweisen Öffnung wolle der Bundesrat dem gesellschaftlichen Leben wieder mehr Raum geben, auch wenn die epidemiologische Lage wegen der neuen, ansteckenderen Virusvarianten weiterhin als fragil beurteilt wurde. Der erste Öffnungsschritt ab dem 1. März beinhalte im Wesentlichen Aktivitäten, bei welchen Maske und Abstand gewährleistet werden könnten, nur wenige Personen zusammenkommen und die Kontakte im Freien erfolgen würden (Medienmitteilung des Bundesrats vom 24. Februar 2021, <http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-82462.html>, zuletzt abgerufen am 12. Juli 2023). In der Medienmitteilung vom

19. März 2021 führte der Bundesrat schliesslich aus, die epidemiologische Lage seit Ende Februar 2021 habe sich zusehends verschlechtert. Die Zahl der Infektionen steige kontinuierlich an. Derzeit sei mit einer Verdoppelung der Ansteckungen alle drei bis vier Wochen zu rechnen. Drei der vier Richtwerte, die der Bundesrat für den zweiten Öffnungsschritt festgelegt habe, würden seit mehreren Tagen nicht erfüllt: Die 14-Tages-Inzidenz sei über 200 pro 100'000 Einwohnerinnen und Einwohner angestiegen, die Positivitätsrate liege über 5 Prozent und die Reproduktionszahl liege mit 1.14 deutlich über 1. Einzig die Auslastung der Intensivplätze mit Covid-19-Patientinnen und -Patienten liege unter dem festgelegten Richtwert. Daher habe der Bundesrat an seiner Sitzung vom 19. März 2021 entschieden, die geltenden Einschränkungen für Treffen im Familien- und Freundeskreis in Innenräumen von fünf auf maximal zehn Personen zu lockern. Für weitere Öffnungen sei das Risiko eines unkontrollierten Anstiegs der Fallzahlen aber zu gross, nachdem die Zahl der Infektionen seit Ende Februar wieder zunehme. Ausserdem seien noch zu wenige Menschen geimpft, um einen starken Anstieg der Hospitalisationen zu vermeiden (Medienmitteilung des Bundesrats vom 19. März 2021, <http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.ms-g-id-82762.html>, zuletzt besucht am 12. Juli 2023).

Wie den Medienmitteilungen zu entnehmen ist, änderte sich die Lage betreffend Covid-19 seit Herbst 2020 immer wieder. Die Rechtslage musste somit in hoher Kadenz der sich ständig ändernden und lokal auch unterschiedlichen epidemiologischen Lage angepasst werden. Dies zeigen die zahlreichen Änderungen der Verordnungen sowohl des Bundes wie auch des Kantons Bern. Die Covid-19-Verordnung besondere Lage änderte sich vom 19. Juni 2020 bis 19. April 2021 23 Mal (vgl. Chronologie der Covid-19-Verordnung besondere Lage; <http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/439/de/history>, zuletzt besucht am 12. Juli 2023). Bei der Covid-19 V vom 9. Juli 2020 gab es bis am 21. April 2021 19 Änderungen (vgl. https://www.belex.sites.be.ch/app/de/texts_of_law/815.123/changes, zuletzt besucht am 12. Juli 2023). Die Übersicht über die konkrete epidemiologische Lage und die Kapazitäten im Gesundheitswesen des Kantons lagen dabei beim Kantonsarztamt resp. beim Regierungsrat. Aufgrund der sich ständig ändernden Situation und den teilweise erst im Nachhinein breit verfügbaren und belastbaren Daten, war die Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung für die Staatsanwaltschaft nicht offensichtlich, zumal Teilnahmebeschränkungen auf Bundes- wie Kantonsebene immer wieder Teil von Massnahmenpaketen waren. Die Bundesrechtswidrigkeit von Art. 6a Covid-19 V wurde denn auch im Rahmen von komplexen, vielschichtigen und ausführlichen rechtlichen Überlegungen festgestellt, deren Ergebnis nicht als leicht erkennbar erachtet werden kann (vgl. Ziff. IV.16 oben). Auch die mediale Präsenz und Abrufbarkeit der Beschwerde ans Bundesgericht vermag daran nichts zu ändern, ging die Staatsanwaltschaft doch mutmasslich von einer anderen rechtlichen Einschätzung aus. Rein aus der Tatsache, dass eine Beschwerde erhoben wurde, lässt sich noch keine Tendenz für das Ergebnis des bundesgerichtlichen Verfahrens ableiten. Sodann hat der Gesuchsteller die Einsprache gegen den Strafbefehl zurückgezogen, weshalb anscheinend auch er zu diesem Zeitpunkt nicht von einer offensichtlichen Bundesrechtswidrigkeit ausging. Jedenfalls war die Bundesrechtswidrigkeit sowohl für die Staatsanwaltschaft wie auch für Dritte damit weder offensichtlich noch leicht erkennbar.

Schliesslich ist im Bereich des Strafrechts die Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung (BGE 144 IV 362 E. 1.4.3.). Der Gesuchsteller hat die Einsprache gegen den Strafbefehl zurückgezogen. Er ist damit in formelle Rechtskraft erwachsen. Nach der Rechtsprechung kann es nicht angehen, ein allenfalls noch nach Jahren unangefochten gebliebenes und in formelle Rechtskraft erwachsenes Strafurteil für nichtig zu erklären, da dadurch die Beständigkeit eines rechtskräftigen Entscheids unterlaufen und die Rechtssicherheit gefährdet würde (vgl. BGE 144 IV 362 E. 1.4.3). Zusätzlich fällt ins Gewicht, dass die besondere Lage der Covid-19-Pandemie ein agiles und flexibles Verhalten der Bevölkerung und der Behörden erforderte. Zahlreiche Massnahmen entfalteten ihre Wirkung nur bei einer sofortigen und lückenlosen Umsetzung. Gerade in der Situation einer ständig ändernden Bedrohungslage war es für die Rechtssicherheit in der Bevölkerung und bei den umsetzenden Behörden deshalb unumgänglich, dass auf die Gültigkeit und die Durchsetzbarkeit von kurzfristig erlassenen Massnahmen vertraut werden konnte. Die wirksame Bekämpfung einer Bedrohungslage ist nur möglich, wenn sowohl rechtsunterworfenen als auch rechtsanwendende Personen davon ausgehen können, dass angeordnete Massnahmen zum Schutz der Bevölkerung während der unmittelbaren Dauer der Bedrohungslage umzusetzen sind und durchgesetzt werden können. Dies gilt besonders für die bisher unbekannte Situation einer Pandemie mit immer neuen, teilweise unerwarteten Entwicklungen, auf die in rechtlicher Hinsicht rasch reagiert werden muss(te). Dieser Effekt wurde durch mediale Präsenz der jeweils geltenden Vorschriften verstärkt. Sämtliche Entwicklungen im Zusammenhang mit der Pandemie wurden vom Bund wie auch von den Kantonen der Bevölkerung medienwirksam mitgeteilt und erhielten damit grösstmögliche Aufmerksamkeit bei einem breiten Adressatenkreis. Dies führte dazu, dass sich Unsicherheiten über die Geltung erlassener Vorschriften direkt auf die Umsetzungsdisziplin bei grossen Teilen der Bevölkerung niedergeschlagen hätten.

Im Ergebnis wäre aus diesen Gründen die Rechtssicherheit ernsthaft gefährdet, wenn der vorliegende Strafbefehl für nichtig erklärt würde.

23. **Fazit**

Art. 6a Covid-19 V litt aufgrund der festgestellten Bundesrechtswidrigkeit an einem besonders schweren Mangel, diese Fehlerhaftigkeit war aber weder offensichtlich noch leicht erkennbar. Durch die Feststellung einer Nichtigkeit des nicht angefochtenen und formell in Rechtskraft erwachsenen Strafbefehls würde die Rechtssicherheit ernsthaft gefährdet, zumal die Verfassungswidrigkeit auch im ordentlichen Rechtsmittelverfahren hätte vorgebracht werden können. Damit besteht der formell rechtskräftige Strafbefehl weiter, es liegt keine Nichtigkeit vor.

VI. **Revisionsgründe**

24. **Allgemeines zur Revision**

Wer durch einen rechtskräftigen Strafbefehl beschwert ist, kann nach Art. 410 Abs. 1 StPO die Revision verlangen, wenn neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, einen Freispruch, eine wesentlich mildere oder wesentlich strengere Bestrafung der verurteilten Per-

son oder eine Verurteilung der freigesprochenen Person herbeizuführen; der Entscheid mit einem späteren Strafentscheid, der den gleichen Sachverhalt betrifft, in unverträglichem Widerspruch steht und/oder sich in einem anderen Strafverfahren erweist, dass durch eine strafbare Handlung auf das Ergebnis des Verfahrens eingewirkt worden ist; eine Verurteilung ist nicht erforderlich; ist das Strafverfahren nicht durchführbar, so kann der Beweis auf andere Weise erbracht werden.

25. Sich widersprechende Strafentscheide

25.1 Allgemeine Ausführungen

Steht ein Strafbefehl mit einem späteren Strafentscheid in unverträglichem Widerspruch, wird der Revisionsgrund nach Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO angerufen. Diese Bestimmung schafft einen absoluten Revisionsgrund, dessen Vorliegen unabhängig von den denkbaren Rückwirkungen auf das Strafurteil zu einer Revision führt. Bei Vorliegen eines unverträglichen Widerspruchs wird der frühere Entscheid somit ohne Prüfung der materiellen Richtigkeit aufgehoben (FINGERHUTH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., 2020, N 63 zu Art. 410 StPO; HEER, a.a.O. N 88 zu Art. 410 StPO; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2020, N 2173; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, N 15 zu Art. 410 StPO).

Nicht jeder Widerspruch zwischen zwei Strafurteilen stellt einen unverträglichen Widerspruch i.S.v. Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO dar. Ein Widerspruch in der Rechtsanwendung oder eine nachträgliche Änderung der Rechtsprechung ist nicht revisionsbegründend (Urteil des Bundesgerichts 6B_932/2019 vom 5. Mai 2020 E. 2.3.1 mit Hinweisen auf Lehre, Rechtsprechung und Materialien, u.a. auf die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1320 Ziff. 2.9.4). Erforderlich ist ein Widerspruch in tatsächlicher Hinsicht. Ein solcher liegt vor, wenn die Anklage in beiden Entscheiden den gleichen Lebenssachverhalt umfasst und dieser im späteren Entscheid als nicht nachweisbar angesehen wird, während er im früheren Entscheid als erstellt erachtet wurde (OBERHOLZER, a.a.O., N 2173 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 6B_980/2015 vom 13. Juni 2016 E. 1.4 f.). Damit erfasst werden diejenigen Fälle, in denen der gleiche Lebenssachverhalt in zwei verschiedenen Entscheiden unterschiedlich gewürdigt wird. Der Widerspruch ist erst dann unverträglich, wenn nach den Denkgesetzen eines der beiden fraglichen Urteile notwendigerweise falsch sein muss. Die Bestimmung hat ihren eigentlichen Anwendungsbereich dort, wo bei getrennter Verfolgung verschiedener Mitbeteiligter einer Straftat ein Mittäter verurteilt wird, während ein anderer später mit der Begründung freigesprochen wurde, die Tat sei hinsichtlich des objektiven Tatbestands nicht erwiesen. Gleiches gilt, wenn zwei Angeklagte hintereinander als Täter einer Alleintat verurteilt werden (FINGERHUTH, a.a.O., N 64 zu Art. 410 StPO; HEER, a.a.O., N 90 f. zu Art. 410 StPO; SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N 15 zu Art. 410 StPO).

25.2 Einstellungsverfügung als widersprechender Strafentscheid

Vom Gesuchsteller wird vorgebracht, als Reaktion auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_308/2021 vom 3. September 2021 sei in noch hängigen Einspracheverfahren mit identischem Sachverhalt mit einer Einstellung der Verfahren zu rechnen.

Aufgrund der Medienberichterstattung ist notorisch, dass im Nachgang zum genannten Bundesgerichtsurteil tatsächlich Verfahrenseinstellungen in zumindest ähnlichen Verfahren erfolgten (vgl. «Nur die Einsprecher kommen straffrei davon» in: «Der Bund» vom 22. Dezember 2021). Im Unterschied zum Gesuchsteller, der den Strafbefehl in Rechtskraft erwachsen liess, wurden andere Personen für den Verstoß gegen Art. 6a Covid-19 V somit nicht bestraft.

Die Frage, ob eine Einstellungsverfügung einen Strafscheid im Sinne von Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO darstelle, hatte das Bundesgericht soweit ersichtlich noch nicht explizit zu beurteilen. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich jedoch Folgendes entnehmen: In BGE 144 IV 362 ging es darum, dass die Staatsanwaltschaft in einem Strafbefehl den Beschuldigten verurteilte und das Verfahren gleichzeitig in Bezug auf eine andere rechtliche Würdigung desselben Lebensvorgangs einstellte. Das Bundesgericht führte aus, dass im Bereich des Strafrechts die Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung sei. Es könne nicht angehen, allenfalls noch nach Jahren ein unangefochten gebliebenes und in formelle Rechtskraft erwachsenes Strafurteil nichtig zu erklären. Gleiches habe für freisprechende Urteile und Einstellungen zu gelten, die gemäss Art. 320 Abs. 4 StPO einem freisprechenden Endentscheid gleichkämen. Nehme man Nichtigkeit einer in Rechtskraft erwachsenen Einstellungsverfügung an und lasse eine (erneute) strafrechtliche Beurteilung desselben Lebenssachverhalts zu, werde dadurch die Beständigkeit eines rechtskräftigen verfahrenserledigenden Entscheids unterlaufen und damit die Rechtssicherheit gefährdet (E. 1.4.3.). Im Ergebnis ging das Bundesgericht davon aus, dass der Lebenssachverhalt, der Gegenstand des gegen den Beschuldigten geführten Strafverfahrens gebildet habe, rechtskräftig eingestellt wurde. Die Sperrwirkung der rechtskräftigen (Teil-)Einstellung stehe einer Verurteilung entgegen (E. 1.4.4.). Im Urteil des Bundesgerichts 6B_438/2020 vom 9. Januar 2021 ging es um den rechtswidrigen Aufenthalt zu verschiedenen Zeiträumen. Das Bundesgericht hielt zum Revisionsgrund der einander widersprechenden Strafscheide fest, dass die einem Strafbefehl, den staatsanwaltschaftlichen Einstellungsverfügungen sowie dem obergerichtlichen Urteil zugrundeliegende Sachverhalte nicht übereinstimmten. Es sei nicht von Bedeutung, dass der rechtswidrige Aufenthalt in späteren Entscheiden rechtlich anders beurteilt und die Verfahren in der Folge eingestellt worden seien (E. 2.3.).

Eine rechtskräftige Einstellungsverfügung kommt einem freisprechenden Endentscheid gleich (Art. 320 Abs. 4 StPO). Sie erwächst in materielle und formelle Rechtskraft, was wiederum zum Verbot der doppelten Strafverfolgung führt (BGE 144 IV 362 E. 1.4.4.; GRÄDEL/HEINIGER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen StPO, 2. Aufl. 2014, N 14 zur Art. 320). Eine Einstellungsverfügung basiert zudem entscheidend auf einer materiellen Grundlage. Aus diesen Gründen kommt einer Einstellungsverfügung nach Ansicht der Kammer die Qualität eines Sachentscheides zu. Dementsprechend stellen die vom Gesuchsteller angerufenen Einstellungsverfügungen keine reinen Prozessurteile dar, welche der Tauglichkeit als widersprechendes Urteil im Sinne von Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO entgegenstehen könnten. Es könnte auch kein solcher Sachentscheid mehr gefällt werden, da die entsprechenden Verfahren wegen Bundesrechtswidrigkeit der Bestimmung einzustellen waren. Eine Einstellungsverfü-

gung würde somit grundsätzlich als widersprechendes Urteil gemäss Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO in Frage kommen (auch in diesem Sinne: Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Zürich SR20021 vom 18. Dezember 2020, SR190008 vom 7. Mai 2019, SR180026 vom 30. Januar 2019, SR180016 vom 23. Januar 2019).

25.3 Widersprüchliche Beurteilung des gleichen Sachverhalts

Mit Strafbefehl vom 31. Mai 2021 erklärte die Staatsanwaltschaft den Gesuchsteller wegen Widerhandlung gegen das Epidemiengesetz durch Teilnahme an einer Kundgebung von mehr als 15 Personen, begangen am 15. März 2021 in Bern, schuldig. Es soll sich folgender Sachverhalt zugetragen haben (BM _____):

Der Beschuldigte nahm unbefugt an der unbewilligten Kundgebung «B. _____» mit mehr als 15 Teilnehmenden teil, obwohl zu diesem Zeitpunkt im Kanton Bern Kundgebungen von mehr als 15 Personen verboten waren.

Der Gesuchsteller bringt sinngemäss vor, in Verfahren mit identischem Sachverhalt sei mit Einstellungen zu rechnen, weshalb der Revisionsgrund der sich widersprechenden Strafentscheide erfüllt sei. Aus den Medien ist bekannt, dass es zumindest in ähnlichen Verfahren tatsächlich zu solchen Verfahrenseinstellungen kam. Wie eingangs ausgeführt, reicht es aber für diesen Revisionsgrund nicht aus, dass der *angeklagte* Sachverhalt identisch ist. Entscheidend ist vielmehr, ob die *Sachverhaltsfeststellungen* zweier Urteile zum gleichen Vorwurf in einem unverträglichen Widerspruch stehen.

Auch ein Widerspruch in der Rechtsanwendung reicht nicht aus, um einen Revisionsgrund nach Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO zu begründen. So hat das Bundesgericht in 6B_932/2019 vom 5. Mai 2020 indirekt ausgeführt, eine bloss abweichende rechtliche Würdigung im subjektiven Bereich genüge nicht, um einen Widerspruch im Sinne von Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO zu begründen (E. 2.4.). Der Umstand, dass sich ein Urteil bzw. ein Strafbefehl im Nachhinein als rechtlich falsch herausstellt und im Vergleich mit einem später ergangenen Strafentscheid ein Widerspruch in der Rechtsanwendung vorliegt, begründet noch keinen Revisionsgrund (vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBI 2006 S. 1320; FINGERHUTH, a.a.O., N 64 zu Art. 410 StPO; vgl. auch BGE 75 IV 181, S. 184, E. 2). Der Widerspruch im Sinne von Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO hat sich vielmehr auf ein tatsächliches Element zu beziehen. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn zwei oder mehrere Personen für dieselbe Straftat in zwei sich widersprechenden Strafentscheiden verurteilt würden, wobei gemäss dem jeweiligen Sachverhalt die jeweils andere Person unschuldig sein muss und es somit zu einem logischen Widerspruch hinsichtlich der erstellten Sachverhalte kommt (vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBI 2006 S. 1320, FINGERHUTH, a.a.O., N 64 zu Art. 410 StPO).

Aus den Ausführungen des Gesuchstellers sowie der medialen Berichterstattung geht hervor, dass die den angerufenen Einstellungsverfügungen zugrundeliegenden Verfahren mangels genügender gesetzlicher Rechtsgrundlagen eingestellt werden mussten. Es handelt sich dabei um eine rechtliche Begründung. Abweichungen in der Sachverhaltsfeststellung sind keine ersichtlich. Sofern überhaupt

die gleichen Sachverhalte vorliegen, handelt es sich vorliegend somit allenfalls um einen Widerspruch in der Rechtsanwendung, aber nicht um einen Widerspruch betreffend den Sachverhalt. Es ist somit kein unverträglicher Widerspruch im Sinne von Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO gegeben.

25.4 Übrige Revisionsgründe

Es wurden weder weitere Revisionsgründe vorgebracht noch sind solche ersichtlich.

VII. Fazit

Zusammengefasst liegt dem Strafbefehl des Gesuchstellers eine verfassungswidrige Bestimmung zu Grunde. Dies stellt einen schweren Mangel dar, der grundsätzlich eine Nichtigkeit begründen könnte. Diese Fehlerhaftigkeit war aber weder offensichtlich noch leicht erkennbar, was einer Nichtigkeit entgegensteht. Zusätzlich würde vorliegend die Nichtigkeit bereits rechtskräftiger, nicht angefochtener Rechtsakte die Rechtssicherheit stark gefährden. Dabei fällt besonders ins Gewicht, dass im Kampf gegen die Covid-19 Pandemie rasche und effektive Reaktionen zentral waren. Unsicherheiten betreffend die Durchsetzbarkeit der oft kurzfristig erlassenen Massnahmen hätten eine wirksame Bekämpfung der Pandemie verunmöglicht.

Auch der angerufene strafprozessuale Revisionsgrund ist nicht erfüllt. Es liegen keine sich widersprechenden Strafentscheide im Sinne von Art. 410 Abs. 1 Bst. b StPO vor, da sich die Widersprüchlichkeit zu den angerufenen Verfahrenseinstellungen aus rechtlichen Überlegungen und nicht aus Unterschieden in den Sachverhaltsfeststellungen ergibt.

Das Revisionsgesuch betreffend den Strafbefehl vom 31. Mai 2021 ist somit abzuweisen.

VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

26. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Kosten nach Massgabe von Art. 428 Abs. 1 StPO dem Gesuchsteller auferlegt.

Die Verfahrenskosten werden in Anbetracht der konkreten Umstände und in Anwendung von Art. 25 Abs. 1 Bst. a des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) auf eine Pauschalgebühr von CHF 400.00 festgesetzt.

27. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Gesuchsteller keinen Anspruch auf eine Entschädigung.

Die 1. Strafkammer beschliesst:

1. Das Revisionsgesuch vom 28. November 2022 wird **abgewiesen**.
2. Die **Kosten des Revisionsverfahrens**, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von **CHF 400.00**, werden dem Gesuchsteller zur Bezahlung auferlegt.
3. Für das Revisionsverfahren wird **keine Entschädigung** ausgerichtet.
4. Zu eröffnen:
 - dem Verurteilten/Gesuchsteller
 - der Generalstaatsanwaltschaft/GesuchsgegnerinMitzuteilen:
 - der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (mit den Akten; nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Entscheid der Rechtsmittelbehörde)
 - dem Bundesamt für Gesundheit (nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Entscheid der Rechtsmittelbehörde)

Bern, 7. August 2023

Im Namen der 1. Strafkammer

Die Präsidentin i.V.:

Oberrichterin Weingart

Die Gerichtsschreiberin:

Walthard

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung 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.