

Bitte beachten Sie, dass es sich bei den Ausführungen um keine Rechtsauskunft oder Rechtsberatung handelt, sondern lediglich um eine unverbindliche Rechtsmeinung. Es besteht auch keinerlei Gewähr für die Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit der bereitgestellten Informationen. Jegliche Haftung wird ausgeschlossen.

Rechtswidrigkeit der Strafbestimmungen gemäss Covid-19-Verordnung besondere Lage

Die Polizei darf gemäss Art. 299 StPO nur bei Vorliegen eines Anfangsverdachts ("Verdacht, es sei eine Straftat begangen worden") Ermittlungen aufnehmen. Wie nachfolgend gezeigt wird, kann bei Verstössen gegen die Covid-19-Verordnung besondere Lage jedoch grundsätzlich und generell kein Anfangsverdacht vorliegen, weil die jeweiligen Strafbestimmungen allesamt rechtswidrig sind.

Zunächst kann festgestellt werden, dass bundesrätliche Notverordnungen befristet sein müssen, was hinsichtlich Maskenpflicht etc. nie der Fall war und auch aktuell nicht der Fall ist. In plädoyer 2/2021, S. 54-55, wird dazu ausgeführt: "Die besondere Lage bildet dabei die mittlere Eskalationsstufe im dreistufigen EpG-Modell; sie rechtfertigt die Anwendung verfassungsmässigen Notrechts im engeren Sinne – im Gegensatz zu Art. 7 EpG – auch gemäss bundesrätlicher Botschaft noch nicht. Betreffend Massnahmen gegenüber Einzelpersonen oder der Bevölkerung beschränkt sich der Handlungsspielraum des Bundesrats überdies auf die in Art. 31 ff. EpG aufgelisteten Massnahmen. All dies verdeutlicht, dass der Bundesrat in der besonderen Lage – die eo ipso vorliegt, sobald die Kriterien des Art. 6 Abs. 1 EpG erfüllt sind – über Notrechtskompetenzen verfügt, jedoch nur in Bezug auf Handlungsinstrumente, die das EpG expressis verbis normiert. Sein Handlungsspielraum ist damit weniger weit als jener unter Art. 7 EpG bzw. Art. 185 Abs. 3 BV – womit bei einer teleologischen Betrachtung (ratio legis) unstreitig feststeht, dass auf Art. 6 EpG gestützte Notverordnungen ebenso zwingend befristet sein müssen, würde es doch Sinn und Zweck des dreistufigen EpG-Modells diametral widersprechen, wenn in der (durchaus leichteren) besonderen Lage weitreichendere, unbefristete (Massnahm-)Verordnungen statthaft wären, in der (schwereren) ausserordentlichen aber nicht."

Gestützt auf die verfassungsmässige Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV führt dies zu folgender Konsequenz (Seite 56 des erwähnten Beitrags): "Beruft sich nun jemand darauf, er oder sie habe zwar eine notrechtliche Vorschrift verletzt, stelle aber die Zulässigkeit unbefristeter Massnahmen per se infrage, ist diese Rüge im Strafverfahren materiell zu behandeln. Da die Notrechtsbefristung eindeutig dem Schutz des Individuums dient, handelt es sich überdies um eine Gültigkeitsvorschrift im Interesse des Beschuldigten; ein Freispruch muss ergo zwingend erfolgen."

Im Weiteren verstossen die bundesrätlichen "Corona-Regeln" gemäss Covid-19-Verordnung besondere Lage generell insofern gegen das Bestimmtheitsgebot gemäss Art. 1 StGB, als durch die in schneller Folge vorgenommenen etlichen Änderungen der verschiedensten Corona-Verordnungen ein verlässlicher und stabiler Ordnungsrahmen für den Bürger nicht mehr gegeben ist. Im Strafrecht "müssen die Merkmale strafbaren Verhaltens und dessen Folgen im Zeitpunkt seiner Ausführung bestimmt und für jedermann klar erkennbar gewesen sein" (BGE 112 Ia 107 E. 3: b). Klarerweise trifft das auf die Strafbestimmungen gemäss Covid-19-Verordnung besondere Lage nicht zu.

In der Folge werden weitere Argumente genannt, welche die Rechtswidrigkeit der Strafbestimmungen gemäss Covid-19-Verordnung besondere Lage belegen und weshalb Verstösse gegen Normen dieser Bundesverordnung nicht unter Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG fallen.

Die Maskentragpflichten oder das Ansammlungsverbot etc. gemäss Covid-19-Verordnung besondere Lage wurden bei Erlass durch den Gesetzgeber (bewusst) nicht strafrechtlich abgesichert. Die entsprechenden Erläuterungen wurden durch das BAG zwischenzeitlich x-fach angepasst; in der Version mit Stand vom 18.01.2021 heisst es dazu:

Bitte beachten Sie, dass es sich bei den Ausführungen um keine Rechtsauskunft oder Rechtsberatung handelt, sondern lediglich um eine unverbindliche Rechtsmeinung. Es besteht auch keinerlei Gewähr für die Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit der bereitgestellten Informationen. Jegliche Haftung wird ausgeschlossen.

"Auf eine spezifische Strafbestimmung bezüglich Verhaltensweisen von Privatpersonen, die sich nicht an die Regeln dieser Verordnung halten, wird zwar angesichts der im Zentrum stehenden Eigenverantwortung und mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip verzichtet. Anwendbar bleibt damit der Straftatbestand auf Gesetzesstufe, konkret Artikel 83 Absatz 1 Buchstabe j (Wiederhandlungen gegen Massnahmen der Bevölkerung). Diese Bestimmung stellt aber eine ausreichende Rechtsgrundlage dar für Verstösse gegen Art. 3b und Art. 3c der Covid-19-Verordnung besondere Lage, auch wenn Art. 6 Abs. 2 des EpG in Art. 83 Abs. 1 Bst. j des EpG nicht erwähnt wird. Das EpG ermöglicht es in der besonderen Lage sowohl dem Bundesrat (Art. 6 Abs. 2) als auch den Kantonen (Art. 40), Massnahmen gegenüber der Bevölkerung zu erlassen, was zwar in Art. 83 Abs. 1 Bst. j EpG (aufgrund des alleinigen Verweises auf Art. 40) nicht präzise abgebildet ist; mit der Verwendung der Terminologie "Massnahmen gegenüber der Bevölkerung" wird jedoch klar, dass die Strafandrohung auch durch den Bundesrat gestützt auf Art. 6 Abs. 2 Bst. b EpG verordnete Massnahmen einschliesst und entsprechende Widerhandlungen sanktioniert werden können."

Selbstverständlich ist es absolut widersprüchlich zunächst festzuhalten, dass bzgl. Verhaltensweisen von Privatpersonen bewusst auf Strafbestimmungen verzichtet worden ist, um dann im nächsten Satz zu erklären, dass eine andere Strafbestimmung (des EpG) anwendbar bleibe. Wenn auf eine spezifische Strafbestimmung wegen der Eigenverantwortung und mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip verzichtet wird, ist es unlogisch, dasselbe Verhalten zugleich durch einen ganz allgemein gehaltenen Straftatbestand zu kriminalisieren.

In der Version vom 12.02.2021 heisst es zu den Strafbestimmungen:

"Widerhandlungen gegen Massnahmen gegenüber der Bevölkerung (im Sinne von Art. 40 Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101) sind bereits nach Artikel 83 Absatz 1 Buchstabe j EpG als Übertretungsstraftatbestände strafbewehrt. Nach ihrem Wortlaut verweist diese Bestimmung aber einzig auf Massnahmen der Kantone, während sich die Kompetenz des Bundes zur Anordnung solcher Massnahmen aus Artikel 6 Absatz 3 EpG (besondere Lage) ergibt. Aufgrund der entsprechenden Darlegungen in der Botschaft (BBl 2011 365) ist davon auszugehen, dass damit auch seitens des Bundes im Rahmen der besonderen Lage angeordnete Massnahmen (vgl. hierzu die Covid-19-Verordnung besondere Lage) strafbewehrt sind. Dagegen kann jedoch angeführt werden, dass eine explizite Regelung der Straftatbestände auf Verordnungsebene aus Gründen der Rechtsklarheit wünschenswert ist. Eine Klarstellung in der Verordnung erscheint somit sinnvoll, selbst wenn sich durch Auslegung ergibt, dass auch Widerhandlungen der vom Bund angeordneten Massnahmen nach Artikel 83 Absatz 1 Buchstabe j in Verbindung mit den Artikeln 40 und 6 EpG strafbar sind. Die ausdrückliche Regelung trägt damit auch dem Grundsatz Rechnung, wonach Straftatbestände gemäss Artikel 1 Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0) klar auszuformulieren sind."

Entgegen dieser Ausführungen ergibt sich aus der Botschaft zum EpG gerade nicht, dass der Bundesrat nach Belieben neue Straftatbestände schaffen darf (dies geht insbesondere nicht aus der erwähnten Seite 365 hervor). Der Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamtes für Justiz (4. Auflage, 2019, einsehbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/legistik/hauptinstrumente.html>) hält in den Randziffern 890/891 drei Konstellationen fest, in welchen Strafbestimmungen auf Verordnungsstufe zulässig sind: "Strafbestimmungen auf Verordnungsstufe sind in folgenden Fällen zulässig (s. dazu VPB 46 [1982], III, Nr. 50):

- Delegation von Strafkompetenzen: Das Gesetz kann den Bundesrat ausdrücklich ermächtigen, Strafbestimmungen zu erlassen. Soweit in der Delegationsnorm nichts anderes vorgesehen wird, kann der Bundesrat in diesen Fällen nur Übertretungstatbestände (s. Art. 103 ff. StGB) schaffen.

Bitte beachten Sie, dass es sich bei den Ausführungen um keine Rechtsauskunft oder Rechtsberatung handelt, sondern lediglich um eine unverbindliche Rechtsmeinung. Es besteht auch keinerlei Gewähr für die Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit der bereitgestellten Informationen. Jegliche Haftung wird ausgeschlossen.

Beispiel Art. 55 Abs. 3 Elektrizitätsgesetz (EleG, SR 734.0) in Verbindung mit Art. 42 der Niederspannungs-Installationsverordnung (NIV, SR 734.27)."

Eine ausdrückliche Delegation ist im EpG klarerweise nicht vorhanden, damit scheidet diese Variante aus. Als zweite Konstellation wird im Gesetzgebungsleitfaden ausgeführt:

- "Allgemeine Gesetzesdelegation: Das Gesetz kann den Bundesrat ermächtigen, bestimmte gesetzesvertretende Bestimmungen zu erlassen. In diesen Fällen ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber den Bundesrat zugleich auch zum Erlass von Strafbestimmungen ermächtigen wollte. In Frage kommen höchstens Übertretungstatbestände. Wenn der delegierende Erlass selber bereits Strafbestimmungen enthält, ist davon auszugehen, der Gesetzgeber habe in strafrechtlicher Hinsicht abschliessend normiert. Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers ergeben sich namentlich aus den Materialien eines Erlasses."

Hierzu ist festzustellen, dass sich weder aus der Botschaft zum EpG noch insgesamt ergibt, dass dem Bundesrat die Kompetenz zum Erlass von Strafbestimmungen übertragen wurde:

1. Hinsichtlich des EpG wurden gesetzesvertretende Bestimmungen durch den Bundesrat in der Epidemienverordnung (EpV) normiert (diese enthält keine Strafbestimmungen). Aus dem Notrecht fliesst das Recht, Massnahmen zur unmittelbaren Gefahrenabwehr zu ergreifen, so z.B. Gebiete zu sperren, Geschäfte zu schliessen etc. und dies notfalls mit Zwang durchzusetzen. Massnahmen gemäss Art. 6 Abs. 2 EpG sind demnach keine gesetzesvertretenden Bestimmungen, können aber in Form von Rechtsverordnungen angeordnet werden.
2. "Bei der Revision des Gesetzes wurde ein besonderes Augenmerk darauf gerichtet, dass die Massnahmen des Gesetzes das eigenverantwortliche Handeln stärken, dem Selbstbestimmungsrecht der oder des Einzelnen soweit als möglich Rechnung tragen, die Wirtschaft nicht unnötig beeinträchtigen und im internationalen Kontext kompatibel sind." (Botschaft zum EpG, Seite 343)
3. Zur Strafbestimmung hinsichtlich Übertretungen (Art. 83) im EpG hält die Botschaft auf Seite 422 fest: "Wie bei den Vergehen sind auch hier die Tatbestände abschliessend aufgezählt." Offensichtlich hatte der Gesetzgeber bereits eine Notsituation antizipiert (was unter anderem gerade Zweck des EpG ist) und genau für diesen Fall Strafbestimmungen erlassen. Notrecht soll es ermöglichen, auf Situationen zu reagieren, auf welche das "normale" Recht nicht zugeschnitten ist. Wenn jedoch die Notsituation in einem Gesetz bereits strafrechtlich geregelt ist, bleibt kein Raum dafür, auf Verordnungsstufe weitere Strafbestimmungen vorzusehen.

Der Gesetzgebungsleitfaden erwähnt sodann als dritte Konstellation:

- "Strafbestimmungen in Vollzugsverordnungen: In Verordnungen, die sich auf die allgemeine Umsetzungscompetenz nach Artikel 182 BV oder auf eine gesetzliche Vollzugsklausel stützen, darf der Bundesrat nur Strafbestimmungen erlassen, die als Mittel des Verwaltungszwangs dienen und in denen das pönale Element stark zurücktritt. In Betracht kommen namentlich Ordnungswidrigkeiten nach Artikel 3 VStrR, d.h. Busse bis höchstens 5'000 Franken. Angesichts der hohen Anforderungen, die im Strafrecht an das Legalitätsprinzip gestellt werden, ist die Schaffung einer formell-gesetzlichen Grundlage auch bei niedrigen Bussen empfehlenswert."

Hinsichtlich dieser Variante kann folgendes festgehalten werden:

1. Art. 78 Abs. 1 EpG stellt die gesetzliche Vollzugsklausel dar, auf deren Basis die EpV erlassen wurde. Die EpV enthält keine Strafbestimmungen.

Bitte beachten Sie, dass es sich bei den Ausführungen um keine Rechtsauskunft oder Rechtsberatung handelt, sondern lediglich um eine unverbindliche Rechtsmeinung. Es besteht auch keinerlei Gewähr für die Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit der bereitgestellten Informationen. Jegliche Haftung wird ausgeschlossen.

2. Der Bundesrat könnte Massnahmen gemäss Art. 6 Abs. 2 EpG entweder auf dem Verfügungsweg (inkl. Allgemeinverfügung) oder per Rechtsverordnung anordnen.
3. Das Nichtbefolgen einer solchen Verfügung könnte via Art. 292 StGB bestraft werden. Diese Norm ist jedoch auf Allgemeinverfügungen nicht anwendbar (Praxiskommentar StGB, Trechsel/Pieth, 2. Aufl., Art. 292 StGB, Rz. 3).
4. Inwiefern vor diesem Hintergrund der Bundesrat eine Kompetenz zur Schaffung von Straftatbeständen in «Covid-Verordnungen» haben soll, ist nicht ersichtlich.

Die Rechtsauffassung des BAG verstösst im Weiteren gegen das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB). Wenn der Gesetzgeber in Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG bewusst auf Art. 40 EpG hinweist, entspräche es einer Auslegung gegen den Wortlaut, wenn darunter auch Massnahmen gemäss Art. 6 Abs. 2 EpG subsumiert würden. Ungereimtheiten in der gesetzlichen Regelung können nicht dazu führen, dass eine Strafbestimmung gegen ihren klaren Wortlaut ausgelegt wird (BGE 131 IV 11 E. 3.2).

Zudem ist der Straftatbestand von Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG hinsichtlich (Massnahmen des Bundesrates) zu unbestimmt und es mangelt bereits an einer hinreichend konkretisierten Ermächtigungsnorm für den Bundesrat, wonach er Maskenpflichten oder Ansammlungsverbote etc. anordnen dürfte. In einer besonderen Lage kann er gestützt auf Art. 6 Abs. 2 EpG gewisse abschliessend erwähnte Massnahmen anordnen. Mit einer Maskenpflicht oder einem Ansammlungsverbot wird nun aber eine Massnahme angeordnet, die in Art. 40 Abs. 2 EpG (oder den Art. 30ff. EpG) überhaupt nicht genannt wird und mit den dort erwähnten Beispielen auch nicht vergleichbar ist. M.a.W. war/ist der Bundesrat gar nicht befugt Maskenpflichten oder pauschale Ansammlungsverbote (also überall im öffentlichen Raum) festzulegen. Hinzu kommt, dass eine pauschale Maskenpflicht oder Ansammlungsverbote für alle, insbesondere gesunde Menschen, gegen das Recht auf persönliche Freiheit, das Recht auf körperliche Unversehrtheit und bzgl. Maskenpflicht letztlich sogar gegen die Menschenwürde verstösst, weil den Menschen ihr individuelles Gesicht genommen wird.

Es kann festgehalten werden, dass Verstösse gegen Maskenpflichten oder das Ansammlungsverbot gemäss Covid-19-Verordnung besondere Lage keine strafbaren Handlungen darstellen. Da das Nichttragen einer Gesichtsmaske oder Verstossen gegen ein Ansammlungsverbot etc. nicht strafbar ist, kann die Polizei in solchen Fällen nie einen Anfangsverdacht gemäss Art. 299 StPO haben und ist damit nicht zur Vornahme von strafrechtlichen Ermittlungen berechtigt. Deshalb ist eine polizeiliche Anhaltung gemäss Art. 215 StPO vor diesem Hintergrund nicht zulässig und falls dies trotzdem gemacht werden sollte, dürfte ein Amtsmissbrauch nach Art. 315 StGB vorliegen.