

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SU230028-O/U/sm

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Bertschi, Präsidentin, Oberrichterin lic. iur.
Wasser-Keller und Ersatzoberrichterin Dr. iur. Schoder sowie
Gerichtsschreiberin MLaw Gitz

Urteil vom 23. Mai 2024

in Sachen

Statthalteramt Bezirk Dietikon,

Untersuchungsbehörde und Erstberufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Zweitberufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Widerhandlung gegen die COVID-19-Verordnung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht in
Strafsachen, vom 18. Januar 2023 (GB220052)**

Strafbefehl:

Der Strafbefehl des Statthalteramtes Bezirk Dietikon vom 1. Dezember 2022 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 22).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Einsprecher ist einer strafbaren Handlung nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Die Gebühren des Strafbefehls Nr. ST.2022.759 vom 1. Dezember 2022 von Fr. 350.00 werden dem Statthalteramt des Bezirks Dietikon zur Abschreibung belassen.
4. Dem Einsprecher wird aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 650.00 zugesprochen.

Berufungsanträge:

a) Des Statthalteramts Bezirk Dietikon:

(Urk. 51 S. 1)

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 18. Januar 2023 aufzuheben.
2. Es sei A. _____ der Widerhandlung gegen Art. 28 lit. e der COVID-19-Verordnung besondere Lage i.V.m. Art. 19 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Epidemiegesetz i.v.m. Art. 5 Abs. 1 und Art. 28 lit. e Covid-19-Verordnung besondere Lage, Stand am 11. Oktober 2021 schuldig zu sprechen.
3. Es sei A. _____ mit einer Busse von Fr. 150.– zu bestrafen.
4. Es seien A. _____ sämtliche Kosten des Strafverfahrens aufzuerlegen.

Eventualiter sei bei einer allfälligen Entschädigung des Beschuldigten zu berücksichtigen, dass die geltend gemachten Kosten (Beilage 2 der

Berufungserklärung des Beschuldigten) Leistungen betreffen, die durch eine Rechtsberatung ohne Anwaltstitel erbracht wurden, wobei gemäss § 11 des Anwaltsgesetzes des Kantons Zürich die berufsmässige Verteidigung im Übertretungsstrafverfahren unter das Anwaltsmonopol fällt.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 60 S. 10)

1. Es sei die Berufung der Erstberufungsklägerin unter Bestätigung des Freispruches des Beschuldigten abzuweisen.
2. Es seien die Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen und es seien dem Beschuldigten die Verteidigungskosten gemäss einzureichender Kostennote zulasten der Staatskasse zu entschädigen.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, vom 18. Januar 2023 wurde der Beschuldigte im Sinne des eingangs wiedergegebenen Urteilsdispositivs freigesprochen (Urk. 39 S. 9 f.). Gegen das dem Beschuldigten am 18. Januar 2023 übergebene bzw. dem Statthalteramt Bezirk Dietikon (nachfolgend: Statthalteramt) am 19. Januar 2023 schriftlich zugestellte Urteilsdispositiv meldete der Beschuldigte – damals noch nicht anwaltlich vertreten – am 26. Januar 2023 betreffend die Parteientschädigung und das Statthalteramt am 19. Januar 2023 betreffend den Freispruch fristgerecht Berufung an (Urk. 30; Urk. 32; Urk. 34/1). In der Folge reichten der Beschuldigte und das Statthalteramt unter Einhaltung der 20-tägigen Frist gemäss Art. 399 Abs. 3 StPO mit Eingabe vom 22. April 2022 (Datum Poststempel) bzw. vom 13. April 2023 (Datum Post-

stempel) ihre schriftlichen Berufungserklärungen samt Beilagen ein (Urk. 40; Urk. 41/1-5; Urk. 42; Urk. 43/1-3).

2. Mit Präsidialverfügung vom 5. Mai 2023 wurde den Parteien eine Kopie der jeweiligen Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Gleichzeitig wurde der Beschuldigte aufgefordert, ein beiliegendes Datenerfassungsblatt auszufüllen und diverse Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 44), welcher Aufforderung der Beschuldigte mit Eingabe vom 1. Juni 2023 nicht nachkommen wollte (Urk. 46). Das Statthalteramt liess sich diesbezüglich nicht vernehmen.

3. Nachdem mit Beschluss vom 14. Juni 2023 das schriftliche Verfahren angeordnet worden war (Urk. 47), reichten das Statthalteramt mit Eingabe vom 10. Juli 2023 (Datum Poststempel) und der Beschuldigte innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 5. August 2023 eine Berufungsbegründung ein (Urk. 49; Urk. 51; Urk. 53), welche anschliessend den Parteien zur Erstattung der Berufungsantwort zugestellt wurden (Urk. 54). Das Statthalteramt erstattete mit Eingabe vom 31. August 2023 (Datum Poststempel) fristgerecht seine Berufungsantwort (Urk. 56). Mit Eingabe vom 25. September 2023 erklärte Rechtsanwalt lic. iur. X._____, dass er neu als Verteidiger amte (Urk. 57; Urk. 58). Mit Eingabe vom 31. Oktober 2023 (Datum Poststempel) liess der Beschuldigte innert erstreckter Frist die Berufungsantwort mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 60) einreichen. Das Statthalteramt verzichtete auf die freigestellte Vernehmlassung (Urk. 61, 63). Damit erweist sich das Verfahren als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Da das erstinstanzliche Urteil vom Statthalteramt vollumfänglich angefochten wird (Urk. 51), erwächst keine Dispositivziffer in Rechtskraft.

2. Bildeten – wie im vorliegenden Fall – ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so kann mit der Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO). Dementsprechend entscheidet die Berufungsinstanz aufgrund der bereits vor erster Instanz vorgebrachten Behauptungen und der bereits bestehenden Beweisgrundlage (BÄHLER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Balser Kommentar, Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 3. Auflage 2023, N 6 zu Art. 398).

2.1. Offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 398 Abs. 4 StPO ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_834/2020 vom 3. Februar 2022 E. 2.3). Willkür liegt vor, wenn die Sachverhaltserstellung eindeutig und augenfällig unzutreffend ist und der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren oder widersprüchlichen Beweiswürdigung beruht, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich oder gar zutreffender erscheint, genügt für die Annahme von Willkür demgegenüber nicht (BGE 148 IV 356 E. 2.1; 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 88 E. 1.3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_171/2023 vom 19. Juni 2023 E. 1.2; je mit Hinweisen). Das Berufungsgericht darf und muss sich in Sachverhaltsfragen auf eine Willkürprüfung beschränken und hat keine erneute Beweiswürdigung vorzunehmen. Beurteilt das Berufungsgericht den erstinstanzlich festgestellten Sachverhalt nicht als willkürlich, so ist es an diesen gebunden (Urteil des Bundesgerichts 6B_1066/2021 vom 27. Januar 2022 E. 2.3.2 mit Hinweisen).

2.2. Demgegenüber sind im Anwendungsbereich von Art. 398 Abs. 4 StPO sämtliche Rechtsfragen sowohl materieller als auch formeller Natur mit freier Kognition zu prüfen (Urteile des Bundesgerichts 6B_1045/2016 vom 25. Januar 2017 E. 1.3; 6B_61/2012 vom 30. November 2012 E. 2.3; ZIMMERLIN, in: Donatsch

et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Auflage 2020, Art. 398 N 23).

3. Festzuhalten ist schliesslich, dass die urteilende Instanz sich nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss. Vielmehr kann sich das Gericht auf die seiner Auffassung nach wesentlichen und massgeblichen Vorbringen der Parteien beschränken (BGE 146 IV 297 E. 2.2.7).

III. Sachverhalt

1. Dem Beschuldigten wird im Strafbefehl vom 1. Dezember 2022 vorgeworfen, am 21. Oktober 2021 von 15.09 Uhr bis 15.20 Uhr in einem Zug der Linie S... von B._____ nach C._____ ohne Hygienemaske gereist zu sein. Er sei auf sein Fehlverhalten angesprochen und angewiesen worden, nicht mehr ohne Hygienemaske im Zug zu fahren, bzw. sei mehrfach ermahnt worden, eine Hygienemaske aufzusetzen. Der Beschuldigte habe sinngemäss mitgeteilt, keine Hygienemaske zu benötigen, da er über ein gültiges Attest verfüge. Er habe ein "Sach- und Rechtsattest" vorgewiesen, welches jedoch nicht die Anforderungen an ein medizinisches Attest zur Befreiung von der Maskenpflicht erfüllt habe. Der Aufforderung, den Zug beim Halt in C._____ zu verlassen, sei der Beschuldigte schliesslich nachgekommen. Durch sein Verhalten habe sich der Beschuldigte der vorsätzlichen Widerhandlung gegen das Epidemiegesezt in Verbindung mit der Covid-19-Verordnung besondere Lage schuldig gemacht, was er gewusst bzw. zumindest in Kauf genommen habe (Urk. 22).

2. Der Beschuldigte hat den ihm im Strafbefehl vorgeworfenen Sachverhalt in objektiver sowie in subjektiver Hinsicht vollumfänglich anerkannt (Prot. I S. 7; Urk. 27 S. 1) und sein Geständnis deckt sich mit den übrigen Untersuchungsakten. Der Anklagesachverhalt ist rechtsgenügend erstellt.

3. Die Einwände des Beschuldigten beziehen sich auf das Vorliegen eines rechtsgenügenden Attests für den Maskendispens (Prot. I S. 7; Urk. 27 S. 2 ff.). Darauf ist im Rahmen der rechtlichen Würdigung einzugehen.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten in Anwendung des lex-mitior-Grundsatzes vom Vorwurf der Widerhandlung gegen die Covid-19-Verordnung frei. Sie erwog, die Dauer der Covid-19-Verordnung besondere Lage sei weder kalendarisch vorbestimmt noch bestimmbar gewesen. Die Verordnung habe gegolten, solange die besondere Lage gemäss Art. 6 EpG angedauert habe, weshalb sie als Zeitgesetz im weiteren Sinne zu qualifizieren sei. So sei die Geltungsdauer der Verordnung für den Normadressaten nicht abschätzbar. Die Verordnung entfalte damit – im Gegensatz zu Zeitgesetzen im engeren Sinne – bis zum Ende der besonderen Lage präventive Wirkung, wie das im Übrigen bei jedem anderen Gesetz auch der Fall sei. Wenn die Geltungsdauer des Gesetzes von der Dauer der besonderen Lage abhängt, sei sie zeitlich weder bestimmt noch bestimmbar. Damit unterscheide sich ein solches Gesetz betreffend präventive Wirksamkeit nicht von herkömmlichen Gesetzen. Wenngleich die Geltungsdauer durch die besondere Lage mittelbar befristet sei, sei damit weder etwas über die konkrete Dauer des Gesetzes noch über die ungefähr zu erwartende Dauer der besonderen Lage gesagt (Urk. 39 S. 6 f.).

2.1. Das Statthalteramt macht geltend, das Urteil der Vorinstanz beruhe auf einer unzulässigen Anwendung des lex-mitior-Grundsatzes, da es sich bei der Covid-19-Verordnung besondere Lage nicht um ein Zeitgesetz im weiteren Sinne handle (Urk. 40 S. 1; Urk. 51 S. 2).

2.2. Der Beschuldigte lässt durch seinen Verteidiger ausführen, dass es sich bei der Covid-19-Verordnung besondere Lage um ein Zeitgesetz im weiteren Sinne handle. Die Geltungsdauer der Covid-19-Verordnung besondere Lage sei für den Normadressaten nicht abschätzbar gewesen. Diese Verordnung entfalte damit nur bis zum Ende der besonderen Lage präventive Wirkung. Die Einschränkung des lex-mitior-Prinzips sei damit nur für das Zeitgesetz im engeren Sinne angemessen, weil ein solches Gesetz angesichts der zu erwartenden Dauer eines Strafverfahrens ansonsten gegen Ende seiner Geltung, die zum vornherein bestimmt oder bestimmbar sei, seine präventive Wirkung verlieren würde. Somit spreche nichts dagegen, das lex-mitior-Prinzip im vorliegenden Fall bei einem

Zeitgesetz im weiteren Sinne anzuwenden. Da die Massnahmen von Art. 5 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage heute längst nicht mehr in Kraft seien, würde eine Verurteilung des Beschuldigten den lex-mitior-Grundsatz verletzen (Urk. 60 S. 2 f.).

3.1. Nach dem Strafgesetzbuch wird beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begeht (Art. 2 Abs. 2 StGB). Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn es für ihn das mildere ist. Art. 2 Abs. 2 StGB statuiert eine bedingte Rückwirkung von Gesetzesänderungen zwischen Tat und Urteil, nämlich von solchen, die für den Täter milder sind (BGE 135 IV 217 E. 2.1). Diese Regelung findet gemäss Art. 333 Abs. 1 StGB auch auf das Nebenstrafrecht Anwendung, wobei Art. 333 Abs. 1 StGB nicht auf Gesetze im formellen Sinne abstellt, sondern auf materielles Gesetzesrecht, sei es in Form eines Gesetzes, eines Bundesbeschlusses oder einer Verordnung (BGE 101 IV 93 E. 3b). Indes sind Zeitgesetze, daher Strafnormen, die von vornherein nur für eine bestimmte Zeit erlassen wurden, gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung vom lex mitior-Prinzip ausgenommen. Widerhandlungen gegen Zeitgesetze bleiben damit strafbar, auch wenn die Strafnorm zu einem späteren Zeitpunkt gemildert oder sogar gänzlich abgeschafft wurde. Die Aufhebung eines Zeitgesetzes beruht in der Regel nicht auf geänderter Rechtsanschauung, sondern auf geänderten tatsächlichen Verhältnissen (BGE 116 IV 258 E. 4; 105 IV 1 E. 1; 102 IV 198 E. 2b; 89 IV 113 E. 1a; Urteil des Bundesgerichts 6B_824/2023 vom 29. August 2023 E. 4.2.1).

3.2. Dem Beschuldigten wird ein Verhalten angelastet, welches sich am 21. Oktober 2021 abgespielt hat (Urk. 22). In diesem Zeitpunkt war die Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 23. Juni 2021 (SR 818.101.26) in der Fassung vom 11. Oktober 2021 in Kraft. Entgegen der Vorinstanz handelt es sich bei der Covid-19-Verordnung besondere Lage um ein Zeitgesetz im obengenannten Sinne, war die Verordnung doch von vornherein auf die Dauer der besonderen Lage im Sinne von Art. 6 EpG und damit auf die Dauer der Ausnahmesituation beschränkt. Die besondere Lage und damit die letzten Massnahmen in der Covid-

19-Verordnung wurden per 1. April 2022 aufgehoben; die Rückkehr in die normale Lage erfolgte wegen der hohen Immunisierung der Bevölkerung und folglich geringen Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung der öffentlichen Gesundheit (vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 30. März 2020 "Coronavirus: Rückkehr in die normale Lage und Planung der Übergangsphase bis Frühling 2023") und war damit den geänderten tatsächlichen Verhältnissen geschuldet (Urteil des Bundesgerichts 6B_824/2023 vom 29. August 2023 E. 4). Nach dem Erwogenen ändert der Umstand, dass die Covid-19-Verordnung besondere Lage im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils keine Geltung mehr hatte, nichts an der Strafbarkeit der während der Geltung der Verordnung begangenen Delikte.

4.1. Das Statthalteramt würdigt das Verhalten des Beschuldigten als Widerhandlung gegen das Epidemiengesetz in Sinne von Art. 19 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und Art. 28 lit. e Covid-19-Verordnung besondere Lage (SR 818.101.26; Fassung vom 11. Oktober 2021).

4.2. Das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz [EpG]; SR 818.101) bezweckt, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen (Art. 2 Abs. 1 EpG). Zum Zeitpunkt des 21. Oktober 2021, als sich der gegenständliche Sachverhalt ereignete, waren schweizweit Massnahmen zur Eindämmung der Coronavirus-Pandemie in Kraft, und es galt die besondere Lage gemäss Art. 6 EpG. Gestützt auf Art. 6 Abs. 2 EpG kann der Bundesrat bei Vorliegen einer besonderen Lage nach Anhörung der Kantone Massnahmen gegenüber einzelnen Personen (lit. a) als auch gegenüber der Bevölkerung (lit. b) anordnen, was er mit Erlass der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) vom 23. Juni 2021 (SR 818.101.26) tat. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 11. Oktober 2021) mussten Reisende in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs wie Zügen, Strassenbahnen, Bussen, Schiffen, Luftfahrzeugen und Seilbahnen im geschlossenen Bereich der Fahrzeuge eine Gesichtsmaske tragen. Keine Geltung beanspruchte die Masken-tragpflicht für Kinder vor ihrem 12. Geburtstag (Abs. 1 lit. a) sowie für Personen

die nachweisen konnten, dass sie aus besonderen Gründen, insbesondere medizinischen, keine Gesichtsmaske tragen können; für den Nachweis medizinischer Gründe war ein Attest einer Fachperson erforderlich, die nach dem Medizinalberufegesetz vom 23. Juni 2006 oder dem Psychologieberufegesetz vom 18. März 2011 zur Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung befugt ist (Abs. 1 lit. b).

Art. 28 lit. e Covid-19-Verordnung besondere Lage (SR 818.101.26; Stand am 11. Oktober 2021) besagt, dass mit Busse bestraft wird, wer entgegen Art. 5 Abs. 1 [...] in geschlossenen Bereichen von Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs [...] vorsätzlich oder fahrlässig keine Gesichtsmaske trägt, sofern nicht eine Ausnahme nach Art. 5 Abs. 1 [...] gegeben ist.

4.3. Indem der Beschuldigte am 21. Oktober 2021 im Zug von B._____ nach C._____ keine Gesichtsmaske trug, hat er grundsätzlich den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 und Art. 28 lit. e Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 11. Oktober 2021) erfüllt.

5. Der Beschuldigte übergab der Transportpolizei am 21. Oktober 2021 ein von Dr. iur. D._____ unterzeichnetes "Sach- und Rechtsattest" (Urk. 3). Ein ärztliches Attest legte er nicht vor (Urk. 4; Urk. 21 S. 2 f.; Urk. 27 S. 1). Bei dem vom Beschuldigten eingereichten "Attest" von Dr. iur. D._____ (vgl. Anhang Urk. 3) handelt es sich lediglich um ein Schreiben eines Juristen, welches sich der Beschuldigte im Internet herunterlud (Urk. 21 S. 2). Es wurde ohne vorgängige Konsultation pauschal für alle Interessenten ausgestellt. In inhaltlicher Hinsicht enthält es lediglich eine Vielfalt an Behauptungen und juristischen Meinungen zur Rechtslage hinsichtlich der Maskentragpflicht, welche den Anforderungen an den Nachweis eines besonderen Grundes im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b der Covid-19-Verordnung besondere Lage offenkundig nicht zu genügen vermögen. Andere als medizinische "besondere Gründe" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b Covid-19-Verordnung besondere Lage, die "ad personam" vorliegen müssen und nicht genereller Art sein können, behauptet und belegt der Beschuldigte somit nicht rechtsgenügend. Soweit der Beschuldigte geltend macht, über ein ärztliches Attest verfügt zu haben, welches ihn aus medizinischen Gründen von der Masken-

tragspflicht befreite, aber sich weigerte, dieses im vorliegenden Verfahren einzureichen (Urk. 21 S. 3; Prot. I S. 5 f.), ist darauf hinzuweisen, dass den Beschuldigten gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. b der Covid-19-Verordnung besondere Lage eine Nachweispflicht trifft, welcher er – im gesamten Verfahren – nicht nachgekommen ist. Eine Ausnahme aus medizinischen Gründen, welche ihn vom Tragen einer Schutzmaske befreit hätte, mithin das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, macht der Beschuldigte in Bezug auf seine Person somit nicht substantiiert geltend bzw. kann er eine solche auch nicht mit einem Arztzeugnis belegen. Entgegen den Ausführungen des Beschuldigten (Prot. I S. 5) genügt die Kopie einer Nichtanhandnahmeverfügung in einem anderen Verfahren, in welcher auf ein ärztliches Attest des Beschuldigten vom 22. September 2020 Bezug genommen wird (Urk. 28/3), diesen Anforderungen nicht. Somit verfügte der Beschuldigte am 21. Oktober 2021 auf der Zugfahrt von B._____ nach C._____ nicht über einen gültigen Nachweis für die Befreiung von der gesetzlichen Maskentragpflicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 11. Oktober 2021).

6. Der Beschuldigte stellt sich eventualiter auf den Standpunkt, es habe ein Rechtfertigungsgrund betreffend das Nichtvorweisen des ärztlichen Attests vorgelegen, da die Nachweispflicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b der Covid-19-Verordnung besondere Lage sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäss Art. 13 BV verletze. Der Staat habe es trotz Bestehens einer Schutzpflicht für Gesundheitsdaten und weitere sensible Daten und trotz des Anspruchs des Beschuldigten auf willkürfreies Handeln unterlassen, ihm zu ermöglichen, jedem Transportpolizisten beim Reisen im öffentlichen Verkehr einen staatlich anerkannten, dauerhaften Maskendispens zu präsentieren, der weder seine Gesundheitsdaten, noch die Daten des dispensierenden Arztes enthält, noch sonstigen Anlass zum Anzweifeln der Authentizität des Wahrheitsgehaltes des Dispenses geben kann. Mangels solcher Vorkehren habe der Staat nicht auf einem Vorweisen des Maskendispenses beharren dürfen (Urk. 60 S. 4 ff.).

6.1. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, hält die Nachweispflicht betreffend das Vorliegen medizinischer Gründe im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b Covid-19-Verord-

nung besondere Lage (Stand am 11. Oktober 2021) vor dem Hintergrund des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gemäss Art. 13 Abs. 2 BV im Übrigen einer Prüfung nach Art. 36 BV stand. Art. 13 Abs. 2 BV verleiht jeder Person einen Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten. Art. 13 Abs. 2 BV schützt persönliche und personenbezogene Daten. Dazu gehören Informationen mit bestimmbarem Bezug zu einer natürlichen oder juristischen Person, zu ihren physischen und psychischen Eigenschaften, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen oder politischen Anschauungen. Gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre fällt jede auch noch so geringfügige Datenerhebung oder -bearbeitung in den Schutzbereich und stellt einen Eingriff in das Grundrecht auf sog. informationelle Selbstbestimmung dar (BGE 145 IV 42 E. 4.2; BGE 144 I 126 E. 4.1; BGE 142 II 340 E. 4.2; BREITENMOSER/SCHWEIZER/STRIEGEL, in: Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Auflage 2023, N 85 und N 87 zu Art. 13; DIGGELMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Auflage 2015, N 33 zu Art. 13; je m.w.H.). Gemäss dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 lit. b Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 11. Oktober 2021) muss eine Person, welche medizinische Gründe für das Nichttragen einer Maske geltend macht, dies mit einem Attest einer Fachperson nachweisen können. Diese Nachweispflicht betrifft das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne von Art. 13 Abs. 2 BV. Die Einschränkungen von Grundrechten sind in Art. 36 BV festgehalten. Zu prüfen ist somit, ob die Nachweispflicht gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 11. Oktober 2021) über eine gesetzliche Grundlage verfügt, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist.

6.2. Gemäss Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG wird mit Busse bestraft, wer sich Massnahmen gegenüber der Bevölkerung widersetzt. Mit Hinweis auf die wörtliche und teleologische Auslegung dieser Bestimmung findet Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG nicht nur auf kantonale Massnahmen, sondern auch auf solche Anwendung, die der Bundesrat gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG erlassen hat (Urteil des Bundesgerichts 6B_1433/2021 vom 3. März 2022 E. 3.3). Die Covid-19-Verordnung besondere Lage (SR 818.101.26; Stand am 11. Oktober 2021) stellt eine solche Mass-

nahme des Bundes dar, welche in der besonderen Lage erlassen wurde. Demzufolge besteht mit Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG eine formell-gesetzliche Grundlage (Urteil des Bundesgerichts 6B_1433/2021 vom 3. März 2022 E. 3.3; vgl. auch vorstehend E. IV.2.1.). Die drohende Sanktion stützt sich mithin auf eine Strafbestimmung auf Gesetzesstufe.

6.3. Damit die Maskentragpflicht ihren Zweck – die Eindämmung der Covid-19-Pandemie – erfüllen konnte, war eine grundsätzliche Maskentragpflicht erforderlich, von welcher beim Vorliegen besonderer Gründe gewisse Ausnahmen gemacht wurden (Art. 5 Abs. 1 lit. a und b Covid-19-Verordnung besondere Lage Stand am 11. Oktober 2021). Um das Vorliegen einer solchen Ausnahme überprüfen zu können, enthält Art. 5 Abs. 1 lit. b Covid-19-Verordnung besondere Lage eine Nachweispflicht. Diese Nachweispflicht diente dazu, Personen, die aus besonderen, insbesondere medizinischen Gründen, keine Gesichtsmasken tragen konnten, von der Maskentragpflicht zu befreien. Indem für den Nachweis medizinischer Gründe ein Attest einer Fachperson erforderlich war, die nach dem Medizinal- oder dem Psychologieberufegesetz zur Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung befugt war, wurde sichergestellt, dass die Befreiung von der Maskentragpflicht die Ausnahme blieb und einheitlichen Kriterien folgte sowie dass dem öffentlichen Interesse an der Verhütung und Bekämpfung der Covid-19-Krankheit Rechnung getragen wurde. Ein öffentliches Interesse an einer Nachweispflicht im Falle besonderer Gründe im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 11. Oktober 2021) ist somit ohne Weiteres zu bejahen.

6.4. Massnahmen sind verhältnismässig, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich sind und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung zumutbar erweisen; erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation (BGE 143 I 147 E. 3.1; 132 I 49 E. 7.2). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt für die Eignung einer Massnahme, dass diese mit Blick auf den angestrebten Zweck Wirkungen zu entfalten vermag und nicht gänzlich daran vorbeizieht (BGE 144 I 126 E. 8 m.w.H.). Sowohl die unabhängige Swiss National Covid-19 Science Task

Force als auch die WHO empfohlen gestützt auf wissenschaftliche Untersuchungen das Tragen einer Maske zur Verminderung von Infektionen (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2021.00066 vom 18. Februar 2021 m.w.H.). Eine Nachweispflicht für die Befreiung von der Maskentragpflicht aus besonderen Gründen war damit offenkundig geeignet und erforderlich, um die Maskentragpflicht durchsetzen und Ausnahmen von der Maskentragpflicht überprüfen zu können und so die Gefahr einer Ansteckung im öffentlichen Verkehr zu reduzieren. Hierzu ist insbesondere auf den Entscheid des Bundesgerichts hinzuweisen, in welchem festgehalten wird, dass der Eingriff in die persönliche Freiheit durch die in Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie eingeführten Maskentragpflicht als leicht zu bezeichnen sei (BGE 147 I 393). Inwiefern die von der Verteidigung vorgebrachten Alternativen (Blanko-Ausweis oder QR-Code; Urk. 60 S. 8) mildere Massnahmen gewesen wären, ist nicht ersichtlich und wird von der Verteidigung auch nicht weiter ausgeführt. Beim Vorliegen medizinischer Gründe mussten aus dem Attest zumindest der Name der betroffenen Person und die Angabe, dass sie aus medizinischen Gründen keine Gesichtsmaske tragen konnte, hervorgehen. Des Weiteren musste das Attest von einer Fachperson gemäss Medizinal- oder Psychologieberufegesetz ausgestellt worden sein, was dem Attest ebenfalls zu entnehmen sein musste. Auch bei den vom Beschuldigten vorgebrachten Alternativen wären zumindest die vorgenannten Angaben erforderlich gewesen, um überprüfen zu können, ob eine Ausnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b Covid-19-Verordnung besondere Lage vorlag. Entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 60 S. 7) wurde jedoch nicht verlangt, dass sich das Attest über die medizinischen Gründe äusserte bzw. war bekannt, dass auf die Angabe der Diagnose verzichtet werden konnte, ist doch auch beispielsweise bei einem dem Arbeitgeber einzureichenden Arbeitsunfähigkeitszeugnis grundsätzlich (auch) keine Angabe der Diagnose erforderlich. Es genügt, wenn eine Fachperson gemäss Medizinal- oder Psychologieberufegesetz das Vorliegen medizinischer Gründe attestiert. Um überprüfen zu können, ob das Attest von einer dazu befähigten Person ausgestellt wurde und somit eine Ausnahme von der Maskentragpflicht im Sinne der Covid-19-Verordnung besondere Lage bestand, waren Angaben betreffend die ausstellende Person unerlässlich. Eine Fachperson, die

ein entsprechendes Attest ausstellte, bestätigte mit ihrer Unterschrift die Richtigkeit der darin enthaltenen Angaben und war sich dabei bewusst, dass das Attest gerade zum Zweck ausgestellt wurde, um die Erfüllung der Voraussetzungen für eine Ausnahme von der gesetzlichen Maskenpflicht nachweisen zu können. Es ist daher auch nicht ersichtlich, weshalb der Name der Fachpersonen bei Kontrollen besonders zu schützen gewesen wäre.

6.5. Angesichts des grossen öffentlichen Interesses an der Eindämmung der Pandemie sowie des Interesses der Benutzer des öffentlichen Verkehrs, sich einem möglichst geringen Ansteckungsrisiko auszusetzen, stehen Eingriffszweck und Eingriffswirkung in einer vernünftigen Zweck-Mittel-Relation. Insbesondere ist festzuhalten, dass das Einholen eines entsprechenden Attests für den Beschuldigten offensichtlich zumutbar war, gab er doch mehrfach an, über ein Attest seines Arztes zu verfügen (Urk. 4; Urk. 27 S. 5; Prot. I S. 6; Urk. 60 S. 4 ff.).

6.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Nachweispflicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 11. Oktober 2021) das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäss Art. 13 Abs. 2 BV tangierte. Die Eingriffswirkung wog indes nicht besonders schwer und hält einer Prüfung nach Art. 36 BV stand.

6.7. Für das Nichtvorweisen des Attests seitens des Beschuldigten bestand kein Rechtfertigungsgrund. Das erwähnte "Sach- und Rechtsattest", das bescheinigt, dass er aus medizinischen Gründen keine Maske tragen könne, liess sich der Beschuldigte gerade zum Zweck ausstellen, um die Erfüllung der Voraussetzungen für eine Ausnahme von der gesetzlichen Maskentragpflicht nachweisen zu können. Anders als mit einer solchen von einer *medizinischen Fachperson* ausgestellten Bestätigung über das Vorliegen medizinischer Gründe lässt sich der in Art. 5 Abs. 1 lit. b Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 11. Oktober 2021) geforderte Nachweis nicht rechtsgenügend erbringen. Vor diesem Hintergrund versteht sich von selbst, dass diese Bestimmung ihres Sinnes entleert würde, wenn der geforderte Nachweis gegenüber einer zur Kontrolle berechtigten Person (Polizei, Transportpolizei, Sicherheitsdienst im Sinne des BGST etc.) schon dadurch rechtmässig verweigert werden könnte, dass sich der Fahrgast auf

das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beruft. Weitere Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

6.8. Im Ergebnis ist der Beschuldigte somit der Widerhandlung gegen Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage i.V.m. Art. 28 lit. e Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 11. Oktober 2021) schuldig zu sprechen.

V. Sanktion

1. Mit Blick auf die Straffart ist vorweg festzuhalten, dass Art. 28 lit. e i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 11. Oktober 2021) sowie Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG als Übertretung ausgestaltet sind und als Sanktion mithin einzig eine Busse vorsehen. Gemäss Art. 106 Abs. 1 StGB geht der Strafrahmen bei der Busse bis Fr. 10'000.–. Für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, ist sodann eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten auszusprechen (Art. 106 Abs. 2 StGB). Nach Art. 106 Abs. 3 StGB bemisst das Gericht die Busse nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist.

2. Bei der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass sich der Beschuldigte während rund 30 Minuten weigerte, im Zug eine Maske zu tragen (Fahrstrecke von B. _____ nach C. _____). Angesichts der Uhrzeit ist nicht von einem erhöhten Pendleraufkommen auszugehen. So waren auch gemäss den Aussagen des Beschuldigten die an sein Abteil angrenzenden Abteile während der gesamten Zugreise leer (Urk. 27 S. 1), was die potentielle Gefahr, aufgrund enger Platzverhältnisse in einem geschlossenen Raum andere Personen mit dem Covid-19-Virus anzustecken oder von solchen angesteckt zu werden und damit die Ausbreitung der Pandemie zu fördern, reduziert. Dennoch weigerte sich der Beschuldigte trotz mehrfacher Aufforderung der Transportpolizei, den Nachweis zu erbringen, dass er aus medizinischen Gründen die grundsätzlich erforderliche Gesichtsmaske nicht tragen musste, obwohl er angab, über einen entsprechenden Nachweis zu verfügen und diesen auch bei sich zu tragen. Die Rechtsverletzung

wäre entsprechend ohne Weiteres vermeidbar gewesen. Im breiten Feld der denkbaren Verstösse gegen Schutzmassnahmen zur Epidemiebekämpfung, welche vom Tatbestand erfasst werden, ist das objektive Tatverschulden insgesamt dennoch als verhältnismässig leicht zu qualifizieren. In subjektiver Hinsicht handelte der Beschuldigte vorsätzlich, was sich allerdings strafzumessungsneutral auswirkt.

3. Ergänzend ist nebst dem Tatverschulden grundsätzlich die Täterkomponente, mithin auch die finanzielle Situation des Beschuldigten, zu berücksichtigen, wobei dieser vor Vorinstanz ausführte, als selbständiger Unternehmer im Bereich Informatik zu arbeiten und dabei monatlich Fr. 1'000.– zu verdienen. Er lebe in einer festen Partnerschaft und habe zwei Kinder, für welche er Unterhaltsverpflichtungen trage (Prot. I S. 8 f.). Der Aufforderung der erkennenden Kammer, Unterlagen betreffend seine finanziellen Verhältnisse einzureichen, kam der Beschuldigte nicht nach (Urk. 46). Gemäss Auszug aus dem Steuerregister vom 3. Juli 2023 verfügte der Beschuldigte im Jahr 2021 über ein steuerbares Vermögen von Fr. 2'195'000.– (Urk. 52/2).

Der Beschuldigte ist weder geständig noch zeigt er bezüglich seines Verhaltens Reue oder ein Unrechtsbewusstsein, was sich bei der Strafzumessung allerdings neutral auswirkt.

4. Unter Berücksichtigung der relevanten Strafzumessungsgründe erweist sich für die begangene Übertretung eine Busse von Fr. 100.– dem Verschulden und den Verhältnissen des Beschuldigten als angemessen. Die Busse ist gemäss Art. 105 Abs. 1 StGB unbedingt auszusprechen.

5. Die Ersatzfreiheitsstrafe für die schuldhafte Nichtbezahlung der Busse ist in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 StGB auf einen Tag festzusetzen.

VI. Kosten und Entschädigungsfolgen

1. Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, soweit sie selber einen neuen Entscheid fällt. Vor Vorinstanz erging ein vollständiger Freispruch,

weshalb dem Beschuldigten in Anwendung von Art. 426 StPO keine Verfahrenskosten auferlegt wurden und die Vorinstanz auch keine Gerichtsgebühr festsetzte.

2. Nachdem der Beschuldigte mit heutigem Urteil schuldig zu sprechen ist, ist auch über die erstinstanzlichen Verfahrenskosten zu befinden (Art. 426 Abs. 1 StPO). Für das erstinstanzliche Verfahren erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.– als angemessen, welche somit in dieser Höhe festzusetzen und mit den Kosten des Statthalteramts (Gebühren von Fr. 250.–; Urk. 23) ausgangsgemäss dem Beschuldigten aufzuerlegen ist.

3. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten des Berufungsverfahrens sind daher mit einer Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.– (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 GebV OG) ausgangsgemäss dem Beschuldigten aufzuerlegen.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Entschädigung.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 der Covid-19-Verordnung besondere Lage i.V.m. Art. 28 lit. e Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 11. Oktober 2021).

2. Der Beschuldigte wird mit Fr. 100.– Busse bestraft.

Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag.

3. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 600.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 250.– Kosten Strafbefehl.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.

5. Die Kosten des Strafbefehls und des Gerichtsverfahrens beider Instanzen werden dem Beschuldigten auferlegt.
6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung, im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - das Statthalteramt Bezirk Dietikon
 - das Bundesamt für Gesundheit BAG
 - die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürichsowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz.
7. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der I. strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 23. Mai 2024

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin lic. iur. Bertschi

MLaw Gitz