



## Rechtsprechung zu Covid-19: Eine Analyse ausgewählter Aspekte

SOHI-HÖCHNER CLAUDIA, Dr. iur.\* / BERGAMIN FLORIAN, MLaw\*\* / RAAFLAUB FRANZISKA, MLaw\*\*\*

*Nach bald zwei Jahren seit Beginn der Covid-19-Pandemie liegen nun mehrere Urteile kantonalen Gerichte und des Bundesgerichts zur Rechtmässigkeit kantonalen Massnahmen zur Bekämpfung der Epidemie vor. Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf ausgewählte Aspekte der Rechtsprechung, die insbesondere auch für den Föderalismus von Interesse sind.*

*Près de deux ans après le début de la pandémie de Covid 19, plusieurs arrêts des tribunaux cantonaux et du Tribunal fédéral relatifs à la légalité des mesures cantonales de lutte contre l'épidémie sont désormais disponibles. Cet article se concentre sur certains aspects de la jurisprudence qui sont également d'un grand intérêt pour le fédéralisme.*

*Dopo quasi due anni dallo scoppio della pandemia di Covid 19 in Svizzera, sono disponibili diverse sentenze dei tribunali cantonali e del Tribunale federale sulla legalità delle misure cantonali adottate per combattere l'epidemia. L'articolo presenta gli aspetti più salienti di questa giurisprudenza, e segnatamente quelli che sono particolarmente interessanti per il federalismo.*

### Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einleitung</b> .....	<b>2</b>
<b>II. Kompetenzverteilung bei der Bekämpfung von Epidemien</b> .....	<b>3</b>
<b>III. Überprüfbarkeit kantonalen Corona-Massnahmen</b> .....	<b>5</b>
1. Rechtsschutz .....	5
a) Allgemeines .....	5
b) Fehlendes aktuelles Rechtsschutzinteresse .....	7
c) Anfechtungsobjekt .....	8
2. Verordnungen der Kantonsregierungen .....	9
a) Rechtliche Grundlagen für Corona-Massnahmen .....	9
b) Vollzugs- oder gesetzesergänzende Verordnungen .....	12
3. Verhältnismässigkeit der Massnahmen .....	14
<b>IV. Würdigung</b> .....	<b>16</b>

## I. Einleitung

Rund zwei Jahre nach Beginn der Corona-Krise liegen zahlreiche Urteile kantonaler Gerichte sowie des Bundes- und des Bundesverwaltungsgerichts vor, welche sich zu den Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus und dessen Folgen äussern. Das Bundesgericht befasste sich erstmals im Jahr 2020 mit Fragen in diesem Zusammenhang. Zuletzt fällt es mehrere zentrale Entscheide, deren Publikation in der amtlichen Sammlung bereits erfolgt oder noch vorgesehen ist.

In verschiedenen Verfahren zu den Corona-Massnahmen vor Bundes- und des Bundesverwaltungsgericht waren die Eintretensvoraussetzungen nicht erfüllt, sodass die Gerichte gar nicht auf die Beschwerden eingetreten sind.<sup>1</sup> Bei anderen Entscheiden wurden abstrakte Normenkontrollen durchgeführt. So hat das Bundesgericht kantonale Massnahmen in Verordnungsform wie z.B. die Annullierung und Vertagung von Gemeindewahlen im Kanton Tessin<sup>2</sup> oder eine Maskentragpflicht im Kanton Freiburg<sup>3</sup> geprüft. In einigen Kantonen haben die Kantonsgerichte diese Massnahmen vorgängig ebenfalls geprüft.<sup>4</sup> Das Bundesgericht hat auch über sogenannte Sekundärmassnahmen, also Massnahmen zur Bekämpfung der Folgen des Coronavirus wie z.B. wirtschaftliche Unterstützungsleistungen, entschieden.<sup>5</sup> Die Beschwerden wurden mehrheitlich abgewiesen.

Vorliegender Beitrag befasst sich mit ausgewählten Aspekten dieser Rechtsprechung, die auch für den Föderalismus relevant sind. Er geht den folgenden Fragen nach:

- In welchen Bereichen ist der Bund im Grundsatz zuständig, um Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus zu ergreifen und in welchen Bereichen sind die Kantone zuständig?
- Inwiefern können die Gerichte kantonale Corona-Massnahmen prüfen?
- Weshalb kann das Bundesgericht die Corona-Massnahmen des Bundes grundsätzlich nicht prüfen und diejenigen der Kantone schon?
- Können auch Massnahmen geprüft werden, die nicht mehr in Kraft sind?
- Darf eine kantonale Regierung eigenständig Corona-Massnahmen erlassen, ohne das Parlament einzubeziehen?
- Auf welche Rechtsgrundlagen stützen sich die Massnahmen in den Kantonen?
- Handelt es sich bei diesen Massnahmen einzig um den Vollzug von Bundesrecht?
- Welche Corona-Massnahmen (z.B. Versammlungsverbot oder Maskenpflicht) hat das Bundesgericht als zulässig erachtet und welche nicht?

---

\* Akademische Leiterin des Nationalen Zentrum am Institut für Föderalismus, Universität Freiburg ([claudia.sohi@unifr.ch](mailto:claudia.sohi@unifr.ch)).

\*\* Diplomassistent am Institut für Föderalismus, Universität Freiburg ([florian.bergamin@unifr.ch](mailto:florian.bergamin@unifr.ch)).

\*\*\* Diplomassistentin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht III, Universität Freiburg ([franziska.raaflaub@unifr.ch](mailto:franziska.raaflaub@unifr.ch)).

<sup>1</sup> Siehe etwa BGer, Urteil 2C\_686/2020 vom 3. September 2020; BGer, Urteil 2C\_776/2020 vom 23. September 2020; BGer, Urteil 2C\_30/2021 vom 19. Januar 2021; BGer, Urteil 2C\_108/2021 vom 26. Juli 2021; BVGer, Urteil C-1624/2020 vom 25. März 2020 oder BVGer, Urteil C-1828/2020 vom 4. Mai 2020.

<sup>2</sup> BGer, Urteil 1C\_169/2020 vom 22. Dezember 2020.

<sup>3</sup> BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen).

<sup>4</sup> Siehe z.B. KGer FR, Urteil 603 2020 167, 604 2020 169 vom 7. Dezember 2020.

<sup>5</sup> Siehe etwa BGer, Urteil 9C\_53/2021 vom 30. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen) zum Corona-Erwerbsersatz.

- Inwiefern müssen die Kantone bei ihren Massnahmen aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisse berücksichtigen?

Um diese Fragen zu beantworten, wird einem ersten Schritt die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen bei der Bekämpfung von Epidemien (Ziff. II) thematisiert. Danach bezieht sich der Beitrag auf die Überprüfung der kantonalen Corona-Massnahmen durch die Gerichte (Ziff. III.) bzw. den Rechtsschutz, die Verordnungen der Kantonsregierungen und die Verhältnismässigkeit der Massnahmen. Schliesslich erfolgt eine Würdigung der betrachteten Rechtsprechung mit Blick auf den Föderalismus, in der auch Bezug auf die aufgeworfenen Fragen genommen wird (Ziff. IV).

## II. Kompetenzverteilung bei der Bekämpfung von Epidemien

Das Bundesgericht hat sich in mehreren Entscheiden mit der *Kompetenzverteilung* zwischen Bund und Kantonen im Bereich der Epidemienbekämpfung befasst.<sup>6</sup> Dabei hat es auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b der Bundesverfassung (BV)<sup>7</sup> hingewiesen, der den Bund zum Erlass von Vorschriften über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten ermächtigt und verpflichtet.<sup>8</sup>

### Art. 118 Schutz der Gesundheit

<sup>1</sup> Der Bund trifft im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit.

<sup>2</sup> Er erlässt Vorschriften über:

...

b. die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren;

...

Diese Verfassungsbestimmung beinhaltet eine *konkurrierende Bundeskompetenz* mit nachträglich derogatorischer Wirkung.<sup>9</sup> Kantonale Regelungen zur Bekämpfung von Epidemien bleiben demnach zulässig, solange und soweit der Bund von seinen Kompetenzen keinen Gebrauch gemacht hat.<sup>10</sup> Gemäss Bundesgericht ist die Kompetenz des Bundes bei der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten

---

<sup>6</sup> Siehe etwa BGer, Urteil 2C\_369/2021 vom 22. September 2021 oder BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen).

<sup>7</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

<sup>8</sup> Siehe etwa BGer, Urteil 2C\_369/2021 vom 22. September 2021, E. 5.2 oder BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.6.1. Die kantonalen Gerichte erwähnten diese Bestimmung in ihren Entscheiden soweit ersichtlich nicht, siehe etwa KGer FR, Urteil 603 2020 167, 604 2020 169 vom 7. Dezember 2020, KGer JU, Urteil CST 7/2020 vom 6. Juli 2020 oder VGer ZH, Urteil AN.2020.00011 vom 22. Oktober 2020.

<sup>9</sup> Statt vieler: GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar Bundesverfassung, 2. A., Zürich 2017, Art. 118 N 6 sowie BERNHARD WALDMANN, Der Föderalismus in der Corona-Pandemie, in: Newsletter IFF 4/2020, N 5.

<sup>10</sup> Vgl. EVA MARIA BELSER/ANDREAS STÖCKLI/BERNHARD WALDMANN, Der schweizerische Föderalismus funktioniert auch im Krisenmodus, in: Newsletter IFF 2/2020, S. 4 und auch FLORIAN BERGAMIN/SIMON MAZIDI, Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen bei der Bekämpfung von Epidemien, in: Newsletter IFF 2/2020, N 8 ff., N 29 f.

umfassend.<sup>11</sup> Je nach Bezugsgrösse kann die Bundeskompetenz auch als fragmentarisch bezeichnet werden.<sup>12</sup> Rechtlich relevant ist eine solche Unterscheidung allerdings nicht.<sup>13</sup>

Für den Erlass des Epidemiengesetzes (EpG)<sup>14</sup> hat sich der Bund u.a. auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV gestützt. Das EpG regelt die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen bei der Bekämpfung von Epidemien und unterscheidet dabei zwischen drei Lagen (vgl. Art. 6 f. EpG). Mit Zuspitzung der Lage sieht das Gesetz eine Erweiterung der Kompetenzen des Bundesrates vor. Der Bundesrat hat Ende Februar 2020 die besondere Lage ausgerufen.<sup>15</sup> Ab Mitte März 2020 galt die ausserordentliche Lage, in welcher dem Bundesrat weitgehende Kompetenzen übertragen wurden.<sup>16</sup> Seit gut Mitte Juni 2020 befindet sich die Schweiz wieder in der besonderen Lage<sup>17</sup> und der Handlungsspielraum des Bundesrates ist gegenüber seinen Kompetenzen in der ausserordentlichen Lage eingeschränkter.<sup>18</sup> Besonders zu Beginn der Corona-Krise gab es Zuständigkeitskonflikte, etwa in Bezug auf die Schliessung von Baustellen durch die Kantone.<sup>19</sup> Diese konnten ohne Einbezug der Gerichte gelöst werden (ganz im Sinne von Art. 44 Abs. 3 BV).

Die Kantone sind in allen Lagen für den *Vollzug* des EpG verantwortlich, soweit nicht der Bund zuständig ist (vgl. Art. 75 EpG).<sup>20</sup> Dies entspricht der Grundsatz des Vollzugsföderalismus, wonach die Kantone das Bundesrecht nach Massgabe von Verfassung und Gesetz umsetzen (Art. 46 Abs. 1 BV).<sup>21</sup> Während der Corona-Krise hat der Bundesrat konkretisierende Vorgaben zum Vollzug durch die Kantone erlassen (vgl. dazu auch Art. 77 ff. EpG),<sup>22</sup> wobei hier die Frage aufgeworfen kann, wie weit sich diese Vollzugsvorgaben erstrecken sollen. Darüber hinaus ermächtigt das Covid-19-Gesetz,<sup>23</sup> welches die Bundesversammlung am 25. September 2020 verabschiedet hat, den Bundesrat für weitere Vorgaben zum Vollzug.

---

<sup>11</sup> Vgl. etwa BGE 139 I 242, E. 3.1 oder auch BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.6.1. Gl.M. WALDMANN (Fn. 9), N 5.

<sup>12</sup> Gemäss GIOVANNI BIAGGINI, BSK-BV, Art. 3 N 57 handelt es sich bei Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV um eine fragmentarische Bundeskompetenz; vgl. dazu auch PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5.A., Bern 2021, N 773.

<sup>13</sup> Siehe TSCHANNEN (Fn. 12), N 773.

<sup>14</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101).

<sup>15</sup> Siehe Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 28. Februar 2020 (SR 818.104.24).

<sup>16</sup> Siehe Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24).

<sup>17</sup> Vgl. Art. 15 Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 19. Juni 2020 (SR 818.101.26).

<sup>18</sup> Vgl. dazu auch BUSER DENISE, Föderalistischer Flickenteppich?, in: ZBl 122/2021, S. 536.

<sup>19</sup> Siehe zu diesem und weiteren Beispielen BERGAMIN/MAZIDI (Fn. 10), N 38 ff.

<sup>20</sup> Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010, BBl 2011 311, 362; siehe auch BERGAMIN/MAZIDI (Fn. 10), N 23 ff.

<sup>21</sup> Vgl. DAMIAN WYSS, Sicherheit und Notrecht: Ein Überblick über die Anwendung des Epidemiengesetzes und das konstitutionelle Notrecht des Bundesrats in der COVID-19-Krise und im Allgemeinen, in: Jusletter vom 25. Mai 2020, S. 4.

<sup>22</sup> Siehe beispielsweise die Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 23. Juni 2021 (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26) sowie die mittlerweile ausser Kraft gesetzte gleichnamige Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 19. Juni 2020 (SR 818.101.26).

<sup>23</sup> Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (Covid-19-Gesetz; SR 818.102).

### III. Überprüfbarkeit kantonaler Corona-Massnahmen

#### 1. Rechtsschutz

##### a) Allgemeines

Gegen viele Covid-19-Massnahmen der *Kantone* konnten Rechtsmittel ergriffen werden. Einschlägig für den Rechtsschutz sind in erster Linie die kantonalen Verfahrensordnungen, weshalb sich föderalistisch bedingte Unterschiede ergeben können. Verschiedene Urteile befassten sich mit kantonalen Gesetzesbestimmungen<sup>24</sup>, Verfügungen<sup>25</sup> oder Gemeindebeschlüssen<sup>26</sup>.

Die Anfechtbarkeit von Regierungsratsbeschlüssen bleibt im Einzelfall nach Massgabe der kantonalen Verfahrensordnung zu prüfen.<sup>27</sup> Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich allerdings auf die Überprüfbarkeit von Massnahmen, die in einer kantonalen Verordnung verankert sind. In vielen Kantonen können kantonale und kommunale Verordnungen gerichtlich auf ihre Gesetzes- bzw. Verfassungskonformität überprüft werden.<sup>28</sup> Von Bundesrecht wegen besteht jedoch keine Verpflichtung der Kantone, eine solche *abstrakte Normenkontrolle* von Erlassen vorzusehen.<sup>29</sup>

Fehlt es in einem Kanton an einem Rechtsmittel gegen kantonale Erlasse, können die Massnahmenverordnungen der Kantonsregierungen unmittelbar beim Bundesgericht angefochten und dort einer abstrakten Normenkontrolle zugeführt werden. So übermittelte das Schwyzer Verwaltungsgericht mangels Zuständigkeit eine Beschwerde gegen eine Verordnung des Schwyzer Regierungsrats an das Bundesgericht (Art. 48 Abs. 3 Satz 2 BGG<sup>30</sup>).<sup>31</sup>

Allgemein führt dies zur Frage, welche Rolle das *Bundesgericht* bei der Beurteilung kantonaler Covid-19-Massnahmen trägt. Als Rechtsmittel an das Bundesgericht ermöglicht die Beschwerde in öffent-

<sup>24</sup> Siehe zum Zürcher Gesetz über die Urnenabstimmungen in Versammlungsgemeinden während der Corona-Pandemie, wo mangels kantonalem Normkontrollverfahren direkt Beschwerde beim Bundesgericht erhoben wurde BGer, Urteil 1C\_659/2020 vom 11. März 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen).

<sup>25</sup> Als Beispiel für eine Individualverfügung siehe BGer, Urteil 9C\_53/2021 vom 30. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen) bzgl. Anspruchsberechtigung einer Selbständigerwerbenden auf Covid-19-Erwerbsersatz; für Beispiele einer Allgemeinverfügung siehe KGer LU, LVGE 2020 IV Nr. 11 (Urteil 7H 20 139 vom 17. September 2020) bez. Vorgaben für Gastwirtschaftsbetriebe, Veranstaltungen und Kontaktdaten sowie die Allgemeinverfügung des Regierungsrats OW zur Sicherstellung der medizinischen Versorgung der Bevölkerung im Rahmen der Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 24. März 2020, Amtsblatt 2020, S. 442.

<sup>26</sup> KGer GR, Urteil V 20 2 vom 6. August 2020 (Urnenabstimmung statt Gemeindeversammlung infolge Covid-19).

<sup>27</sup> Je nach Anfechtungsobjekt können die kantonalen Gerichte durchaus entscheiden: So prüfte das Freiburger Kantonsgericht im Urteil 603 2020 167 vom 7. Dezember 2020 eine Beschwerde gegen die Entscheidung des Regierungsrats über die Einführung einer Maskenpflicht an Orientierungsschulen. Siehe Art. 114 Abs. 1 Bst. a VRG-FR (SGF 150.1).

<sup>28</sup> Für eine Übersicht siehe ARTHUR BRUNNER/MARCO ZOLLINGER, Die richterliche Überprüfung von Rechtsverordnungen, in: LeGes 32 (2021) 2, Nr. 1, Rz. 9.

<sup>29</sup> BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 2.1. Siehe auch BGE 142 I 99, E. 1.1; BGE 141 I 36, E. 1.2.1. RALPH DAVID DOLESCHAL, Die abstrakte Normenkontrolle in den Kantonen, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 34 ff.

<sup>30</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

<sup>31</sup> BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 2.1.

lich-rechtlichen Angelegenheiten eine höchstrichterliche Überprüfung kantonaler und auch kommunaler Ordnungsbestimmungen (Art. 82 Bst. b BGG). Die jüngsten Urteile des Bundesgerichts zeigen auf, wie der Rechtsschutz im Sinne einer gerichtlichen Auseinandersetzung gewährleistet wird. Besonders illustrativ sind in diesem Zusammenhang die zur amtlichen Publikation vorgesehenen Urteile zu den Verordnungen des Schwyzer Regierungsrats<sup>32</sup> bzw. des Freiburger Staatsrats<sup>33</sup> mit verschiedenen Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie.

Bei der abstrakten Kontrolle kantonaler (und kommunaler) Normen übt das Bundesgericht eine föderalistische Zurückhaltung aus. In den Entscheiden zu Covid-19 hat es indessen einzig im Zusammenhang mit der Prüfung der Maskentragpflicht in Einkaufsläden im Kanton Freiburg explizit auf diese Zurückhaltung hingewiesen.<sup>34</sup>

Anders verhält es sich mit der *Überprüfbarkeit von Covid-19-Massnahmen des Bundesrats*. Bereits in normalen Zeiten wird der (direkte) Zugang ans Bundesgericht oder Bundesverwaltungsgericht<sup>35</sup> gegenüber bundesrätlichen Verordnungen – wie auch gegenüber Bundesgesetzen – beschränkt (Art. 189 Abs. 4 BV)<sup>36</sup>; überdies gilt ein Anwendungsgebot für Bundesgesetze und darauf abgestützte Verordnungen (Art. 190 BV). Eine bundesrätliche Verordnung kann zwar vorfrageweise im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit hin geprüft, ihre Anwendung aber nicht untersagt werden.<sup>37</sup>

Diese Einschränkungen der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen werden in der gegenwärtigen Pandemie, wo viele Massnahmen aufgrund spezialgesetzlicher Ermächtigungsnormen (im EpG und in anderen Bundesgesetzen) oder die Notrechtsklausel (Art. 185 Abs. 3 BV) durch den Bundesrat getroffen werden, noch *deutlicher sichtbar als in «normalen» Zeiten*. So trat das Bundesgericht wiederholt nicht auf Beschwerden ein, die sich gegen Covid-19-Massnahmen des Bundesrats richteten.<sup>38</sup> Immerhin kann die Rechtsprechung zu den kantonalen Verordnungen auch für die materielle Beurteilung bundesrätlicher Massnahmen sinngemäss übertragen werden.

Verfahrensrechtlich ist überdies noch zu berücksichtigen, dass für die Anfechtung von Massnahmen, die politische Rechte betreffen, allenfalls andere Prozessvoraussetzungen gelten. Als Beispiel im Zusammenhang mit Covid-19-Massnahmen kann eine Beschwerde an das Bundesgericht genannt werden, die sich gegen den Beschluss des Tessiner Staatsrats zur Annullation bzw. Verschiebung von Gemeindewahlen richtete. Das Bundesgericht trat auf diese Beschwerde in Stimmrechtssachen (Art. 88 BGG) ein.<sup>39</sup> Auch auf eine Beschwerde

---

<sup>32</sup> BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen); BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen).

<sup>33</sup> BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen).

<sup>34</sup> BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 2; vgl. zur Zurückhaltung des Bundesgerichts im Rahmen der abstrakten Normenkontrollen kantonaler und kommunaler Erlasse auch bspw. 2C\_1149/2018 vom 10. März 2020, E. 2 oder BGE 147 I 136, E. 1.4.

<sup>35</sup> Vgl. BVGer, Urteil C-1624/2020 vom 25. März 2020.

<sup>36</sup> Dem ist auch ein Eventualantrag gleichzustellen, wonach eine Regierungsverordnung als nicht anwendbar zu erklären sei, siehe BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 1.8.

<sup>37</sup> Siehe Urteile des BGer 2C\_776/2020 sowie 2C\_280/2020 vom 15. April 2020.

<sup>38</sup> Vgl. BGer, Urteil 2C\_776/2020 vom 23. September 2020. Für das Nichteintreten aus offensichtlicher Unzulässigkeit einer Beschwerde siehe BGer, Urteil 2C\_30/2021 vom 19. Januar 2021 sowie 2C\_280/2020 vom 15. April 2020.

<sup>39</sup> BGer, Urteil 1C\_169/2020 vom 22. Dezember 2020.

gegen ein kantonales Gesetz aus dem Kanton Zürich über die Urnenabstimmungen in Versammlungsgemeinden während der Corona-Pandemie trat das Bundesgericht ein. In diesem Fall qualifizierte das Bundesgericht die Beschwerde als Beschwerde wegen Verletzung politischer Rechte (Art. 82 Abs. 1 Bst. c BGG).<sup>40</sup>

Einige zusätzliche verfahrensrechtliche Aspekte sollen im Folgenden aufgegriffen werden, insbesondere zum Umgang mit einem fehlenden aktuellen Rechtsschutzinteresse sowie gewissen charakteristische Eigenheiten der Anfechtungsobjekte. Aufgenommen werden in erster Linie die Urteile des Bundesgerichts, wobei ergänzend auch auf die Rechtsprechung kantonaler Gerichte verwiesen wird.

b) *Fehlendes aktuelles Rechtsschutzinteresse*

Das Eintreten auf eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht setzt u.a. ein aktuelles *Rechtsschutzinteresse* voraus (vgl. Art. 89 Abs. 1 Bst. c BGG).<sup>41</sup> Da gerade die Covid-19-Massnahmen in der Tendenz relativ häufig revidiert oder an höherrangiges Recht angepasst werden, befasste sich das Bundesgericht mehrmals mit der Aktualität eines Rechtsschutzinteresses; an diesem fehlt es, wenn der angefochtene Erlass nicht mehr in Kraft ist.<sup>42</sup> Ausnahmsweise verzichtet das Bundesgericht auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses und tritt auf eine Beschwerde ein, wenn sich die aufgeworfene Frage unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen könnte, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt.<sup>43</sup>

Das Bundesgericht sah diese Voraussetzungen durch die *Grundsatzfrage* erfüllt, ob eine Kantonsregierung befugt ist, zur Bekämpfung von Epidemien Verordnungen zu erlassen, mit denen in Grundrechte eingegriffen wird; eine solche Frage könne «sich aber mit erheblicher Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft stellen».<sup>44</sup> Das Bundesgericht trat daher auf die Beschwerden gegen die Schwyzer bzw. Freiburger Covid-19-Verordnungen ein, ohne dass es das Vorliegen eines aktuellen Rechtsschutzinteresses verlangte.

Gleichwohl prüfte das Bundesgericht nicht sämtliche vorgesehenen Massnahmen des Kantons Schwyz. Die inhaltliche Prüfung konnte vielmehr auf diejenigen Streitfragen beschränkt werden, die sich in Zukunft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit wieder stellen werden<sup>45</sup> und die in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet wurden.<sup>46</sup> Das Bundesgericht überprüfte daher, ob der Regierungsrat zum Erlass der Schwyzer Covid-19-

---

<sup>40</sup> BGer, Urteil 1C\_659/2020 vom 11. März 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), siehe zur Beschwerdelegitimation E. 1.

<sup>41</sup> Siehe bspw. BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 2.2 zur Legitimation im Allgemeinen.

<sup>42</sup> BGer, Urteil 2C\_111/2021 vom 26. Juli 2021, E. 1.2; BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 2.2.

<sup>43</sup> Statt vieler BGer, Urteil 2C\_111/2021 vom 26. Juli 2021, E. 1.3. m.w.H. Zur langjährigen Praxis des Bundesgerichts siehe BERNHARD WALDMANN, Art. 89 N 17, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI et al. (Hrsg.), Basler Kommentar des Bundesgerichtsgesetzes, 3. Aufl., Basel 2018.

<sup>44</sup> BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 2.3.2. Bejaht auch in BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 1.4 zu einer Verordnung des freiburgischen Staatsrates. Hingegen verneint in BGer, Urteil 2C\_111/2021 vom 26. Juli 2021 sowie BGer, Urteil 2C\_108/2021 vom 26. Juli 2021, weil das Bundesgericht die Zulässigkeit einer Maskentragpflicht sinngemäss schon geprüft hatte.

<sup>45</sup> Siehe BGE 131 II 670, E. 1.2.

<sup>46</sup> BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 2.4.

Verordnung zuständig war. Auf die einzelnen Massnahmen wurde nur insofern eingegangen, wie dies nötig war, um diese Zuständigkeitsfrage zu beurteilen.<sup>47</sup>

Die Voraussetzungen für das Eintreten auf eine *Beschwerde vor Verwaltungsgericht* variieren von Kanton zu Kanton. In verschiedenen Kantonen verzichteten die Gerichtsinstanzen auf das Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses, wenn die Beurteilung von Fragen von grundsätzlicher Bedeutung zur Diskussion steht. Soweit ersichtlich folgen aber nicht alle kantonalen Gerichtsinstanzen einer solchen Praxis.<sup>48</sup> Im Einzelfall sind die einschlägigen Verfahrensbestimmungen bzw. die Rechtsprechung dazu zu konsultieren.<sup>49</sup>

Beispielsweise trat das Verwaltungsgericht Zürich trotz mangelndem aktuellem Rechtsschutzinteresse auf Beschwerden gegen Covid-19-Verordnungen der Kantonsregierung ein.<sup>50</sup> Im Ergebnis folgte das Verwaltungsgericht der Rechtsprechung zur Beurteilung von Fragen mit grundsätzlicher Bedeutung.

So erwog das Verwaltungsgericht Zürich: «...im vorliegenden dynamischen Regelungsumfeld ist jedoch davon auszugehen, dass sich die in casu aufgeworfenen grundsätzlichen Rechtsfragen – sollte der Bund auf eine gesamtschweizerische Normierung [der Maskentragpflicht] dereinst wieder verzichten – jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen erneut stellen könnten...».<sup>51</sup>

### c) *Anfechtungsobjekt*

Das *Anfechtungsobjekt* bzw. seine Rechtsform und die Zuständigkeit eines Gerichts hängen eng zusammen.<sup>52</sup> Nebst der oben vorgenommenen Differenzierung nach dem Urheber einer Verordnung (kantonale Exekutive oder Bundesrat) ist auf die zeitliche Geltung der Anfechtungsobjekte hinzuweisen.

Betrachtet man die Anfechtungsobjekte der Beschwerden, die im Zusammenhang mit Covid-19 ans Bundesgericht gelangten, zeigt sich, dass viele Bestimmungen zum Zeitpunkt ihrer Beurteilung *nicht mehr in Kraft* waren.<sup>53</sup> Dies ist nicht bloss für die oben aufgezeigte Eintretensfrage relevant, sondern beschlägt auch den Gegenstand der Überprüfung. Festzulegen ist vorweg also auch, welche Fassung einer Rechtsgrundlage überhaupt einschlägig ist. Anfechtungsobjekt vor Bundesgericht bildete etwa

---

<sup>47</sup> BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 2.3.2, 2.4.2. Vorbehalten wurde zudem eine qualifizierte Rügepflicht hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht, E. 2.4. Siehe auch BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 1.2.

<sup>48</sup> Weiterführend DOLESCHAL (Fn. 29), S. 660 mit einem interkantonalen Rechtsvergleich.

<sup>49</sup> Vgl. namentlich auch das Beispiel des Schwyzer Verwaltungsgericht, das nicht zuständig für die Beurteilung der Schwyzer Covid-19-Verordnung des Regierungsrates war (BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 [zur amtlichen Publikation vorgesehen]).

<sup>50</sup> Siehe VGer ZH, Urteil AN.2020.00018 vom 21. Januar 2021; VGer ZH, Urteil AN.2020.00020 vom 16. Dezember 2020 sowie VGer ZH, Urteil AN.2020.00015 vom 3. Dezember 2020.

<sup>51</sup> VGer ZH, Urteil AN.2020.00018 vom 21. Januar 2021, E. 1.2 m.w.H. auf die Zürcher Rechtsprechung.

<sup>52</sup> Illustrativ zum Zusammenhang zwischen Rechtsnatur des Anfechtungsobjekts und der Zuständigkeit eines Gerichts siehe PräsVGer SG B 2020/12 vom 12. Juni 2020, wonach eine Weisung betreffend Besuchsverbot in Spitälern und Kliniken nicht als Allgemeinverfügung qualifiziert wurde, sodass eine dem Verwaltungsgericht nicht zustehende abstrakte Normenkontrolle erforderlich gewesen wäre.

<sup>53</sup> Bspw. die Maskentragpflicht in einer Verordnung über kantonale Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie des Staatsrats in Freiburg, BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen).

«die Verordnung in der Fassung im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung mit den zu diesem Zeitpunkt geltenden Massnahmen (Maskenpflicht; Schutzkonzept; Einschränkung von Veranstaltungen)». <sup>54</sup> Betroffen ist überdies auch der Umfang der Beschwerde: So befusste sich das Bundesgericht bei der Beurteilung der Schwyzer Covid-19-Verordnung nur mit denjenigen kantonalen Massnahmen, die weiter gehen bzw. gingen als die im entsprechenden Zeitraum in Kraft stehenden bundesrechtlichen Regelungen. <sup>55</sup>

Die *zeitliche Dringlichkeit*, rechtlich gegen gewisse Covid-19-Massnahmen vorgehen zu wollen, widerspiegelt sich schliesslich bei der Behandlung von Gesuchen um vorsorgliche Massnahmen. Hierzu sind abermals andere Verfahrensbestimmungen einschlägig. Eine Beschwerdeführerin hatte beispielsweise versucht, *superprovisorisch* die Anwendung der Covid-19-Verordnung des Zürcher Regierungsrats zu stoppen; das Bundesgericht trat schliesslich nicht auf die Beschwerde ein, weil die Voraussetzung des nicht wiedergutzumachenden Nachteils durch den Zwischenentscheid nicht erfüllt war (siehe auch Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG). <sup>56</sup> In einem anderen Fall wies das höchste Gericht ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab; die Beschwerdeführerin hatte sich gegen eine Änderung einer Regierungsratsverordnung in Bern zur Erhebung von Kontaktdaten gewehrt. <sup>57</sup>

In den *Kantonen* befassten sich die Gerichte ebenfalls mit Anträgen um superprovisorische Massnahmen: Der Zürcher Regierungsrat hatte in einem Beschluss einer allfälligen Beschwerde gegen seine Verordnung die aufschiebende Wirkung entzogen. Mit der Beschwerde verlangten die Beschwerdeführenden die superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde gegen den Regierungsratsbeschluss. Das Verwaltungsgericht gab diesem Antrag nicht statt, weil einerseits der Entzug der aufschiebenden Wirkung einem hochwertigen Rechtsgut (öffentliche Gesundheit) diene und andererseits der durch die Verordnung bewirkte Eingriff in die persönliche Freiheit der Beschwerdeführer nicht schwer wiege. <sup>58</sup> Ähnlich wies das Kantonsgericht Jura das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zur Verhinderung des sofortigen Inkrafttretens der Maskentragpflicht in Einkaufsläden ab. <sup>59</sup>

## 2. Verordnungen der Kantonsregierungen

### a) *Rechtliche Grundlagen für Corona-Massnahmen*

Der Bundesrat wie auch die Kantone haben während der Corona-Krise in den Jahren 2020 und 2021 Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus in verschiedensten Rechtsformen verankert (vgl. bereits Ziff. III.1). <sup>60</sup> Im Folgenden soll der Fokus auf Massnahmen in Verordnungsform gerichtet bleiben. Solche Massnahmen – beispielsweise eine Maskenpflicht oder ein Verbot von Veranstaltungen – können

---

<sup>54</sup> BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 2.3.2. Danach erlassene Bestimmungen hätten selbständig beim Bundesgericht angefochten werden müssen. Dieselbe Verordnung bildete auch Gegenstand von BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen).

<sup>55</sup> BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 1.9.

<sup>56</sup> BGer, Urteil 2C\_686/2020 vom 3. September 2020, E. 2.

<sup>57</sup> Vgl. BGer, Urteil 2C\_369/2021 vom 22. September 2021.

<sup>58</sup> VGer ZH, Urteil AN.2020.0001 vom 26. August 2020.

<sup>59</sup> KGer JU, Urteil CST 7/2020 vom 6. Juli 2020.

<sup>60</sup> Vgl. für eine Übersicht über die Massnahmen des Bundes [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch) > Krankheiten > Infektionskrankheiten: Ausbrüche, Epidemien, Pandemien > Aktuelle Ausbrüche und Epidemien > Coronavirus > Massnahmen

die Ausübung bestimmter Grundrechte beeinträchtigen. In mehreren Gerichtsurteilen wurden die Massnahmen auf ihre Grundrechtskonformität im Lichte von Art. 36 BV beurteilt.<sup>61</sup>

Zu Beginn der Corona-Krise stützte sich der Bundesrat für gewisse Massnahmen auf seine Zuständigkeit zum Erlass von Notrecht bzw. auf Art. 185 Abs. 3 BV.<sup>62</sup> Notverordnungen des Bundesrates haben formell Gesetzescharakter. Sie können auch wichtige Bestimmungen enthalten und vermögen selbst schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte zu legitimieren, sofern auch die übrigen Voraussetzungen für Grundrechtseinschränkungen erfüllt sind.<sup>63</sup> Auch die Kantone zogen für ihre Massnahmen infolge Covid-19 zu Beginn<sup>64</sup> und teilweise auch im weiteren Verlauf der Corona-Krise<sup>65</sup> ihre Notrechtsklauseln in der Kantonsverfassung bei. Ob die Anwendungsvoraussetzungen auch Monate nach Beginn der Krise weiterhin erfüllt sind, kann allerdings in Frage gestellt werden.<sup>66</sup> Bis anhin hatte sich das Bundesgericht im Zusammenhang mit Covid-19 nicht vertieft mit einer Notverordnungskompetenz zu befassen.<sup>67</sup>

Die Grundlage für grundrechtseinschränkende Massnahmen muss einerseits *genügend bestimmt* bzw. präzise sein (sog. «Normdichte»).<sup>68</sup> Art. 36 Abs. 1 BV verlangt eine «hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze».<sup>69</sup> Fraglich ist im Zusammenhang mit den epidemiologischen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus, inwiefern Bestimmungen des EpG als gesetzliche Grundlage genügen. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass Art. 40 Abs. 1 EpG *sehr unbestimmt* formuliert ist; Abs. 2 bilde allerdings eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für die dort ausdrücklich genannten sowie mildere Massnahmen. Es bestehe zwar ein erheblicher Spielraum für die anwendenden Behörden und die Voraussetzungen der Massnahmen seien nicht gesetzlich festgelegt, aber dies sei angesichts der «Natur der *drohenden Gefahren und der fehlenden Voraussehbarkeit* der geeigneten Massnahmen» im Bereich der Epidemienbekämpfung zulässig.<sup>70</sup>

Eine Grundrechtseinschränkung muss sich gemäss Art. 36 Abs. 1 BV zudem auf eine Rechtsgrundlage stützen, die auf einer *genügenden Normstufe* beruht.

Bei leichten Grundrechtseingriffen sind die Anforderungen an die Normstufe tiefer und es ist möglich, dass eine Verordnung als Grundlage genügt. Für schwerwiegende Grundrechtseingriffe genügen Verordnungen allerdings nur, wenn sie sich auf eine gültige Delegationsnorm in einem Gesetz abstützen («gesetzesvertretende

---

und Verordnungen; für eine Übersicht zu den kantonalen Massnahmen bis Mitte November 2020 siehe CLAUDIA HÖCHNER, Kantonale Regelungen zu Covid-19 in der Übersicht, in: Newsletter IFF 4/2020.

<sup>61</sup> Siehe etwa VGer ZH, Urteil AN.2020.00011 vom 22. Oktober 2020; KGer JU, Urteil CST 8/2020 vom 8. Oktober 2020; BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen) oder BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen).

<sup>62</sup> Beispielsweise stützte sich die Covid-Verordnung-Kultur vom 20. März 2020 (SR 442.15) auf Art. 185 Abs. 3 BV; vgl. dazu auch BERGAMIN/MAZIDI (Fn. 10), N 28.

<sup>63</sup> BGE 137 II 431, E. 3.3.1.

<sup>64</sup> Siehe etwa die Sonderverordnung 1 zur Begegnung von Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie sozialen Notständen infolge des Coronavirus vom 1.4.2020 (SonderV 20-1; SAR 320.113) des Kantons Aargau oder die Verordnung des Regierungsrates vom 20.3.2020 über Sofortmassnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise (CVK; BSG 101.2) des Kantons Bern.

<sup>65</sup> Beispielsweise stützte der Kanton Solothurn zusätzliche Massnahmen wie z.B. eine Maskenpflicht bei gewerbmässigen Personentransporten auch im Januar 2021 auf Art. 79 Abs. 4 KV-SO (SR 131.221).

<sup>66</sup> Zu den Anwendungsvoraussetzungen des Notrechts auf Bundesebene vgl. etwa WYSS (Fn. 21), S. 7 ff.

<sup>67</sup> Vgl. einzig BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.4 f.

<sup>68</sup> Rechtsunterworfenen müssen ihr Verhalten durch präzise Formulierungen des Gesetzes danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens erkennen können, vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allg. Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 343; siehe auch Art. 5 Abs. 1 BV.

<sup>69</sup> Statt vieler siehe BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.2.1.

<sup>70</sup> BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.1.2, 3.7.2.

Verordnung») oder wenn sie unmittelbar auf einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung beruhen («selbständige Verordnungen»).<sup>71</sup> Ansonsten muss sich ein Grundrechtseingriff auf eine formell-gesetzliche Grundlage stützen können.<sup>72</sup>

Im Urteil [2C\\_8/2021 vom 25. Juni 2021](#) (zur amtlichen Publikation vorgesehen) hat sich das Bundesgericht mit den zwei Fragen auseinandergesetzt, ob für die Massnahmen in der schwyzerischen Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Corona-Epidemie eine genügende *gesetzliche Grundlage* bestand und ob der Regierungsrat für den Erlass der Massnahmen *zuständig* war.<sup>73</sup> Beide dieser Fragen beziehen sich auf die Normstufe.

Die kantonalen Regierungen konnten sich gemäss dem Bundesgericht ohne zusätzliche formell-gesetzliche Grundlage auf kantonaler Ebene direkt auf *Art. 40 EpG* stützen, um Verordnungen zu Corona-Massnahmen zu erlassen.<sup>74</sup> Gemäss Art. 40 Abs. 1 EpG ordnen die zuständigen kantonalen Behörden Massnahmen an, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten in der Bevölkerung oder in bestimmten Personengruppen zu verhindern. Abs. 2 listet mögliche Massnahmen auf.

#### **Art. 40 EpG**

<sup>1</sup> Die zuständigen kantonalen Behörden ordnen Massnahmen an, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten in der Bevölkerung oder in bestimmten Personengruppen zu verhindern. Sie koordinieren ihre Massnahmen untereinander.

<sup>2</sup> Sie können insbesondere folgende Massnahmen treffen:

- a. Veranstaltungen verbieten oder einschränken
- b. Schulen, andere öffentliche Institutionen und private Unternehmen schliessen oder Vorschriften zum Betrieb verfügen;
- c. das Betreten oder Verlassen bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmte Aktivitäten an definierten Orten verbieten oder einschränken.

...

Zu beachten ist, dass diese Bestimmung *keine Organkompetenz* zugunsten der Kantonsregierungen statuiert.<sup>75</sup> Es sind die Kantone, welche die Behörden und Institutionen für den Vollzug des EpG und des EpV festlegen (vgl. Art. 102 Abs. 3 EpV).<sup>76</sup> Demnach braucht es eine kantonale Rechtsgrundlage für die Festlegung der Organkompetenz bzw. beurteilt sich die Zuständigkeit der Behörden nach kantonalem Recht.

Zudem wirft die *Übertragung von Bundesaufgaben an die Kantone* weniger Fragen auf, wenn es sich um den Erlass von individuell-konkreten Massnahmen handelt (z.B. Art. 30 ff. EpG),<sup>77</sup> als wenn dabei

<sup>71</sup> Die Vollzugsverordnungen des Bundesrates gemäss Art. 182 Abs. 2 BV gehören ebenfalls zu den selbstständigen Verordnungen, statt vieler EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, Grundrechte I: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. A., 2021, Kap. 7 N 31.

<sup>72</sup> Siehe etwa ASTRID EPINEY, BSK-BV, Art. 36 N 33.

<sup>73</sup> Vgl. BGer, Urteil [2C\\_8/2021 vom 25. Juni 2021](#) (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. D, 3; vgl. aber MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Corona-Massnahmen und Verfassung, in: Anwaltsrevue 2021, S. 426 ff.

<sup>74</sup> BGer, Urteil [2C\\_8/2021 vom 25. Juni 2021](#) (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.6.3 sowie BGer, Urteil [2C\\_369/2021 vom 22. September 2021](#), E. 5.2.

<sup>75</sup> In Art. 40 Abs. 1 EpG wird die Formulierung «die zuständigen kantonalen Behörden» verwendet, siehe CLAUDIA HÖCHNER/FRAZISKI RAAFLAUB, Grundrechtsschutz und Pandemiebekämpfung am Beispiel der Maskenpflicht, in: ius.ful 2/21.

<sup>76</sup> Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 29. April 2015 (Epidemienverordnung, EpV; SR 818.101.1).

<sup>77</sup> Vgl. dazu etwa BGer, Urteil [2C\\_395/2019 vom 8. Juni 2020](#), E. 2.1 ff. sowie BGer, Urteil [2C\\_369/2021 vom 22. September 2021](#), E. 5.2.

generell-abstrakte Bestimmungen nicht nur vom Kantonsparlament erlassen werden können wie im Fall von Art. 40 EpG. Das Bundesgericht geht auf diese Unterscheidung nicht ein und behandelt beide Konstellationen gleich.<sup>78</sup>

Fraglich bleibt mit Blick auf die bundesstaatliche Zuständigkeitenordnung auch, inwieweit eine Kantonsregierung direkt gestützt auf ein Bundesgesetz und ohne zusätzliche kantonale Rechtsgrundlage generell-abstrakte Verordnungen erlassen darf. Immerhin sind dadurch auch die kantonalen Parlamente betroffen, deren Rolle als (Haupt-)Gesetzgeber unterlaufen werden könnte.

b) *Vollzugs- oder gesetzeseergänzende Verordnungen*

Nach Auffassung des Bundesgerichts handelte es sich bei der geprüften Verordnung des Kantons Schwyz zu den Corona-Massnahmen<sup>79</sup> um eine *Vollzugsverordnung*.<sup>80</sup> Ebenso charakterisiert ZUMSTEG die Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie des Regierungsrats des Kantons Zürich als Vollzugsverordnung. Er begründet dies damit, dass die aus Art. 40 EpG resultierenden Folgen klar erscheinen und den Betroffenen keine weitergehenden Pflichten auferlegt werden können.<sup>81</sup>

Vollzugs- bzw. Vollziehungsverordnungen führen Verpflichtungen und Berechtigungen, welche durch das Gesetz bereits begründet wurden, näher aus.<sup>82</sup> Sie dürfen den vom Gesetz vorgesehenen Rahmen ausfüllen, aber nicht ergänzen – insbesondere dürfen sie den Betroffenen keine neuen Pflichten auferlegen oder ihre Rechte einschränken.<sup>83</sup>

In diesem Zusammenhang ist in einem ersten Schritt auf die Frage einzugehen, wie die *Covid-19-Verordnungen des Bundesrats* mit Blick auf ihre Form zu charakterisieren sind. Bei der Covid-19-Verordnung besondere Lage des Bundesrats,<sup>84</sup> welche sich auf Art. 6 Abs. 2 Bst. a und b EpG stützt, stellt sich die etwa Frage, ob durch die Zertifikatspflicht in Innenräumen von Restaurationsbetrieben neue Rechte und Pflichten entstehen (vgl. Art. 12 Abs. 1 Bst. a Covid-19-Verordnung besondere Lage). Art. 40 EpG erfasst gemäss dem Bundesgericht die in Abs. 2 aufgelisteten Massnahmen sowie mildere Massnahmen (*a maiore ad minus*).<sup>85</sup> Die Zertifikatspflicht wird nicht explizit in Art. 40 EpG aufgeführt. Ob diese tatsächlich als mildere Massnahme im Sinne von Art. 40 EpG zu qualifizieren ist, erscheint fraglich: Aus Sicht der Personen ohne Zertifikat könnte z.B. eine Schliessung der Restaurants weniger gravierend sein als eine Verweigerung ihres Eintritts und die Zulassung anderer Personen mit Zertifikat. Dagegen kann argumentiert werden, dass ein durch die Zertifikatspflicht eingeschränkter Zugang zu Veranstaltungen milder ist als ein Verbot. Die Einführung einer Zertifikatspflicht gestützt auf Art. 40 EpG scheint zumindest diskussionswürdig. Damit hängt auch unmittelbar die Qualifikation der Bestimmung zusammen: Für die Natur als gesetzeseergänzende Verordnung

---

<sup>78</sup> Siehe BGer, Urteil 2C\_369/2021 vom 22. September 2021, E. 5.2.

<sup>79</sup> Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 14. Oktober 2021 (RRB 739/2020; GS 26-21; SRSZ 571.212) des Kantons Schwyz.

<sup>80</sup> BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.6.3.

<sup>81</sup> PATRICE MARTIN ZUMSTEG, Urteilsbesprechung AN.2020.00011, in: AJP 2021, 97.

<sup>82</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 68), N 99.

<sup>83</sup> Ebd., N 99.

<sup>84</sup> Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 23. Juni 2021 (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26).

<sup>85</sup> Vgl. BGer 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.8.1.

spricht die Botschaft zum EpG, welche darauf hinweist, dass der Bundesrat Gesetzesergänzendes Verordnungsrecht erlassen darf.<sup>86</sup> Die Covid-19-Verordnung besondere Lage des Bundesrats könnte demnach *gesetzesvertretende Bestimmungen* enthalten. Auch die Verordnungen, welche der Bundesrat gestützt auf das Covid-19-Gesetz erlassen kann, könnten Gesetzesvertretende Verordnungsbestimmungen beinhalten, da die Rechte der Betroffenen erheblich eingeschränkt und neue Pflichten geschaffen werden können. Demnach könnten sich die Grundrechtseingriffe auch direkt auf die Verordnung stützen.

Es ist denkbar, dass *auch gewisse kantonale Einschränkungen in Form von Gesetzesergänzenden Verordnungsbestimmungen* erlassen werden könnten. Der Erlass von Gesetzesergänzenden Verordnungen muss sich auf eine entsprechende Gesetzesgrundlage stützen. Eine Gesetzesdelegation bzw. die Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen von der Legislative an die Exekutive, welche zu Gesetzesergänzenden Verordnungen führt, ist nur innerhalb derselben Staatsebene zulässig.<sup>87</sup> Demnach ist es dem Bundesgesetzgeber verwehrt, Rechtsetzungsbefugnisse an eine kantonale Exekutive zu delegieren. Würde eine kantonale Verordnung zur Bekämpfung von Corona-Massnahmen Gesetzesergänzende Verordnungsbestimmungen beinhalten, wäre es demnach nicht mehr möglich, dass sich die Kantone direkt auf Art. 40 EpG stützen. Der kantonale Gesetzgeber müsste vielmehr selbst eine Bestimmung erlassen, gestützt auf die die entsprechende Kantonsregierung Massnahmen erlassen kann.

Im Kanton Jura beispielsweise ergingen die Covid-Massnahmen des Regierungsrats gemäss dem Kantonsgericht<sup>88</sup> gestützt auf die selbständige Verordnungskompetenz der Regierung für die Einführung von Bundesrecht (Art. 90 Abs. 2 KV JU<sup>89</sup>), auf Art. 5 Abs. 2 Bst. e des Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetzes,<sup>90</sup> gemäss dem die Regierung Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit erlassen kann, sowie auf Art. 23 des kantonalen Gesundheitsgesetzes.<sup>91</sup> In Art. 23 des Gesundheitsgesetzes wird ein eigener Massnahmekatalog bei unmittelbarer Gefahr verankert, wobei auch das Verbot oder die Beschränkung des Verkehrs von Personen oder Gütern als Massnahmen möglich sind, welche über die Massnahmen in Art. 40 EpG hinausgehen. Der Kanton Jura kann sich demnach auch auf andere Rechtsgrundlagen als auf Art. 40 EpG stützen. Das Kantonsgericht erwähnt in einem Entscheid zu den Corona-Massnahmen denn auch die Möglichkeit der Gesetzesdelegation und verweist auf Art. 59 Abs. 2 KV/JU.<sup>92</sup> Die Frage, ob es sich bei der geprüften kantonalen Verordnung um eine Vollzugs- oder Gesetzesvertretende Verordnung handelt, hat das Gericht offengelassen.<sup>93</sup>

Geht man davon aus, dass es sich bei den kantonalen Verordnungen um Vollzugsverordnungen handelt, sollten sich diese zumindest nebst Art. 40 EpG auf eine *verfassungsmässige Verordnungskompetenz der Regierung* für die Einführung von Bundesrecht stützen. In verschiedenen Kantonsverfassungen wie z.B. in Art. 111 Abs. 1 KV/FR<sup>94</sup> wird die Regierung als zuständig erklärt für den Erlass von Vollzugsbestimmungen zu kantonalen und eidgenössischen Erlassen. Gemäss dem Bundesgericht ist es denkbar, dass eine Verfassungsbestimmung wie § 59 Abs. 2 KV/SZ,<sup>95</sup> welche dem Regierungsrat

---

<sup>86</sup> Botschaft Revision EpG (Fn. 20), BB1 2011 311, 451.

<sup>87</sup> TSCHANNEN (Fn. 12), Staatsrecht, N 805.

<sup>88</sup> Siehe sowie KGer JU, Urteil CST 8/2020 vom 8. Oktober 2020, E. 5.3, E. 6.

<sup>89</sup> Verfassung der Republik und des Kantons Jura vom 20. März 1977 (SR 131.235).

<sup>90</sup> Loi sur la protection de la population et la protection civile du 13 décembre 2006 (RSJU 521.1) du Canton du Jura.

<sup>91</sup> Loi sanitaire du 14 décembre 1990 (RSJU 810.01) du Canton du Jura.

<sup>92</sup> KGer JU, Urteil CST 8/2020 vom 8. Oktober 2020, E. 5.3, E. 6.1.

<sup>93</sup> KGer JU, Urteil CST 8/2020 vom 8. Oktober 2020, E. 5.3, E. 6.2 m.w.H.

<sup>94</sup> Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 (SR 131.219).

<sup>95</sup> Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 (SR 131.215).

genrell die Kompetenz für Vollzugsverordnungen überträgt, auch für den Vollzug von Bundesrecht (und nicht nur von kantonalem Recht) gilt.<sup>96</sup>

Staatsrechtlich und legistisch kohärenter wäre die Gesetzslage wohl, wenn sich die kantonale Regierung auf eine *gesetzliche Ermächtigung* in einem Sacherlass auf Kantonsebene abstützen kann. Im Kanton Schwyz beispielsweise konnte sich der Regierungsrat gemäss dem Bundesgericht auf § 4 Abs. 2 Bst. i des kantonalen Gesundheitsgesetzes<sup>97</sup> stützen, welcher ihn für den Vollzug des Epidemien-gesetzes ermächtigte.<sup>98</sup> Dadurch konnte sich das kantonale Parlament bereits indirekt vorgängig mit den Massnahmen im EpG befassen.

### 3. Verhältnismässigkeit der Massnahmen

Beim Erlass von Corona-Massnahmen müssen der Bund wie auch die Kantone (und die Gemeinden) den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten. Gemäss Bundesgericht muss die «unausweichliche Unbestimmtheit» der formell-gesetzlichen Grundlage im Bereich dieser Massnahmen durch *erhöhte Anforderungen an die Verhältnismässigkeitsprüfung* ausgeglichen werden.<sup>99</sup>

Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz kommt insbesondere im Fall eines Grundrechtskonflikts eine besondere Bedeutung zu; so auch im vorliegenden Zusammenhang, wenn entgegenstehende Verfassungsprinzipien wie der Schutz von Leben und Gesundheit einerseits und die zu diesem Zweck getroffenen Grundrechtseinschränkungen andererseits harmonisiert und konkretisiert werden sollen.<sup>100</sup>

Nach Art. 36 Abs. 3 BV müssen Grundrechtseingriffe stets verhältnismässig sein. Dieses Kriterium misst das konkrete Verhältnis des Grundrechtseingriffs zum Zweck der Regelung<sup>101</sup>, der im öffentlichen Interesse liegen muss.<sup>102</sup> Ein ausgewogener Eingriff muss kumulativ folgenden Kriterien genügen: Er ist geeignet, erforderlich und zumutbar, um den angestrebten Zweck zu erreichen.<sup>103</sup>

Im spezifischen Kontext der Pandemie muss eine Massnahme *geeignet* sein, die Übertragung von SARS-CoV-2 zu reduzieren. Da letztere «allgemeinnotorisch» von Mensch zu Mensch erfolgt, hat das Bundesgericht im Juli mit Bezug auf ein vom Kanton Schwyz verhängtes *Veranstaltungsverbot* festgehalten, dass es sich hierbei grundsätzlich um ein taugliches Mittel handelt, um die Verbreitung einer Krankheit zu reduzieren.<sup>104</sup> Die Festlegung der Personenobergrenze bei Veranstaltungen oder Versammlungen bedarf indes unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit einer differenzierten Betrachtung. Es dürfen jedenfalls nicht «beliebig strenge Massnahmen getroffen werden, um jegliche Krankheitsübertragung zu verhindern», sondern es ist nach dem akzeptablen Risiko zu fragen und eine Abwägung zwischen den involvierten Interessen zu treffen.<sup>105</sup> Vor dem Hintergrund der erforderlichen

<sup>96</sup> BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.5.

<sup>97</sup> Gesundheitsgesetz vom 16. Oktober 2002 (GesG; SRSZ 571.110) des Kantons Schwyz.

<sup>98</sup> BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.5.

<sup>99</sup> BGer, Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.8.1.

<sup>100</sup> Vgl. BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E.3.2.3.

<sup>101</sup> Es muss in den Worten des Bundesgerichts eine «vernünftige Zweck-Mittel-Relation» vorliegen: BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.2.3.

<sup>102</sup> RAINER J. SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 36 N 37; ASTRID EPINEY, BSK-BV, Art. 36 N 55. Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird zudem in Art. 40 Abs. 3 EpG konkretisiert.

<sup>103</sup> RAINER J. SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 36 N 37.

<sup>104</sup> BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E.3.3.1.

<sup>105</sup> BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E.3.2.3.

Interessenabwägung hat das Bundesgericht die Beschränkung von politischen und zivilgesellschaftlichen Kundgebungen auf 15 Teilnehmer gerügt, welche der Berner Regierungsrat am 4. November 2020 verordnet hatte. Kritisiert wurde insbesondere, dass sämtliche Veranstaltungen und Versammlungen gleichbehandelt werden, unabhängig davon, ob sie drinnen oder draussen stattfinden und ob es sich inhaltlich um eine private Zusammenkunft oder um eine politische Kundgebung handelt. Die Ausübung der Versammlungsfreiheit werde mit einer Beschränkung auf 15 Personen faktisch verunmöglicht und damit in unverhältnismässiger Weise beschränkt. Mit Blick auf die Erforderlichkeit ist es den Behörden möglich, Kundgebungen je nach Situation einem bestimmten Schutzkonzept zu unterstellen, welches den Teilnehmenden erlaubt, ausreichend Distanz zu wahren. Demgegenüber liegt eine differenzierte Beschränkung auf 300 Personen, wie sie der Regierungsrat des Kantons Uri am 26. März 2021 explizit für politische und zivilgesellschaftliche Kundgebungen beschlossen hatte, innerhalb des weiten Ermessensspielraums der Kantone und ist daher zulässig.<sup>106</sup>

Geht es um die Prüfung der Eignung einer nicht notorisch tauglichen Seuchenbekämpfungsmassnahme wie einer kantonalen *Maskenpflicht*, so müssen die Kantone – gemäss dem bundesgerichtlichen Urteil betreffend eine Anpassung der Freiburger Covid-Verordnung, die eine Maskenpflicht in Geschäften und Restaurationsbetrieben einführt – näher untersuchen, ob wissenschaftliche Evidenz dafür vorliegt, dass Masken in dem von der Regelung avisierten Kontext tatsächlich Ansteckungen verhindern.<sup>107</sup> Falls es dennoch zu Ansteckungen kommt, könnte ein positiver Effekt neben der reduzierten Verbreitung noch darin liegen, dass die Schwere des Krankheitsverlaufs gedämpft wird.<sup>108</sup>

Die Anforderungen an den aktuellen Kenntnisstand können naturgemäss nicht allzu hoch gesetzt werden: In der Regel werden Massnahmen aufgrund eines unvollständigen Kenntnisstandes getroffen, da namentlich bei neu auftretenden Infektionskrankheiten eine hohe Unsicherheit mit Bezug auf die Ursachen, Folgen und geeigneten Bekämpfungsmassnahmen besteht.<sup>109</sup> Mit fortschreitendem Wissen sind die Massnahmen entsprechend anzupassen.<sup>110</sup>

Sollte sich mit der Zeit herausstellen, dass das Tragen der Maske keinerlei positiven Effekt mit Blick auf das Infektionsgeschehen hätte, wären die kantonalen Behörden dazu angehalten, die Massnahme zu überdenken.<sup>111</sup> Umgekehrt ist aber auch denkbar, dass mit verbesserter Erkenntnis Massnahmen als geeignet oder erforderlich erscheinen, die zuvor nicht in Betracht gezogen oder getroffen wurden, oder strengere Massnahmen getroffen werden müssen.<sup>112</sup> Bei der Beurteilung der Maskenpflicht ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine Massnahme handelt, die teilweise auf umstrittenen technischen Erkenntnissen beruht. Das Bundesgericht nimmt daher eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nur dann an, wenn die Ungeeignetheit der Massnahme zur Erreichung des beabsichtigten

---

<sup>106</sup> Vgl. [Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 3. September 2021](#) betr. die Urteile 2C\_290/2021 und 2C\_308/2021 (Publikation ausstehend).

<sup>107</sup> BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.3.1.: « (...) si les mesures ordonnées sont aptes à en diminuer la propagation ».

<sup>108</sup> Vgl. zur wissenschaftlichen Evidenz von Corona-Massnahmen im Mai 2020: KASPAR GERBER, Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes, in: Jusletter vom 14. April 2020.

<sup>109</sup> BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur Publikation vorgesehen), E.3.2.6.

<sup>110</sup> BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur Publikation vorgesehen), E.3.2.7.

<sup>111</sup> BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.3.3.

<sup>112</sup> BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur Publikation vorgesehen), E.3.2.7.

Ziels offensichtlich ist.<sup>113</sup> Angesichts der möglicherweise gewichtigen Risiken können Abwehrmassnahmen nicht erst dann getroffen werden, wenn wissenschaftliche Klarheit vorliegt, sondern bereits wenn eine erhebliche Plausibilität besteht.<sup>114</sup> Zur Beurteilung des jeweils aktuellen Kenntnisstands werden die aktuellen Empfehlungen auf nationaler und internationaler Ebene berücksichtigt. Mit Blick auf den letztjährigen (und nach wie vor aktuellen) Wissensstand (der insbesondere aus den einschlägigen Empfehlungen der WHO sowie des BAG hervorgeht)<sup>115</sup> erscheint das Maskenobligatorium jedenfalls als geeignete Massnahme, um die Übertragung von SARS-CoV-2 zu reduzieren.<sup>116</sup> Die *Erforderlichkeit* stellt ebenfalls kein Problem dar, da die Maskenpflicht einschneidendere Massnahmen wie die Schliessung von Geschäften verhindert.<sup>117</sup>

Bei der Ergreifung von Massnahmen ist dementsprechend auf den jeweils aktuellen Wissensstand abzustellen.<sup>118</sup> Die Notwendigkeit der Massnahmen ist regelmässig zu überprüfen (vgl. Art. 40 Abs. 3 EpG); dabei sind neue (wissenschaftliche) Erkenntnisse laufend zu berücksichtigen.<sup>119</sup> Je nach Ausbreitungsphase kann die Verhältnismässigkeitsprüfung somit unterschiedlich ausfallen, da wissenschaftliche Erkenntnisse meistens eine Momentaufnahme darstellen.<sup>120</sup> Massnahmen sind mit fortschreitendem Wissen insofern anzupassen.<sup>121</sup>

Mit der Abwägung von Eingriffszweck und -wirkung geht schliesslich die Frage der *Zumutbarkeit* einher. Unter diesem Titel wird geprüft, ob das Verhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung ausgewogen scheint.<sup>122</sup> Die Interessen des Gemeinwesens am Eingriff sind gegen die spezifischen Interessen der betroffenen Grundrechtstragenden abzuwägen.<sup>123</sup> Bei einer Massnahme wie der Maskenpflicht sind die privaten Interessen an der freien Entfaltung der Persönlichkeit bescheiden gemessen am öffentlichen Interesse an der Pandemiebekämpfung, weshalb auch im engeren Sinn keine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips vorliegt.<sup>124</sup>

## IV. Würdigung

Das Epidemien Gesetz wurde vom Bund u.a. gestützt auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV erlassen. Das Gesetz regelt die aus föderalistischer Sicht wichtige Frage der *Kompetenzverteilung zwischen Bund*

<sup>113</sup> BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur Publikation vorgesehen), E. 5.3.3.: «(...) lorsque l'évaluation d'une mesure dépend de connaissances techniques controversées, le Tribunal fédéral n'admet une violation du principe de proportionnalité que si l'incapacité de cette mesure à atteindre le résultat recherché paraît manifeste (...)».

<sup>114</sup> BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur Publikation vorgesehen), E.3.2.6.

<sup>115</sup> Vgl. BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.3.3.

<sup>116</sup> BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.3.3.

<sup>117</sup> BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.3.4.

<sup>118</sup> BGE 131 II 670, E. 2.3.

<sup>119</sup> ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS, Pandemie – Justiz – Menschenrechte, in: ZSR 2020, Sondernummer «Pandemie und Recht», S. 85.

<sup>120</sup> Ebd., S. 85 f.

<sup>121</sup> BGer, Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 3.2.7.

<sup>122</sup> MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, in: FELIX UHLMANN (Hrsg.), Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Zürich/St. Gallen 2019, S. 16; RAINER J. SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 36 N 40.

<sup>123</sup> RAINER J. SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 36 N 40.

<sup>124</sup> BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.3.5.

und Kantonen während der normalen, der besonderen und der ausserordentlichen Lage. Für den Vollzug sind in allen Lagen die Kantone zuständig, wobei der Bundesrat den Kantonen seit Beginn der Corona-Krise zusätzliche Vollzugsvorgaben gemacht hat und weiterhin macht. Auch hat der Bundesrat Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus und dessen Folgen für die Allgemeinheit beschlossen.

Mit Blick auf die *verfahrensrechtlichen Konsequenzen* ist die Besonderheit von Covid-19-Massnahmen hervorzuheben, die angesichts epidemiologischer Entwicklungen und Neuerungen des höherrangigen Rechts immer wieder und zum Teil auch in kurzen Abständen revidiert wurden. In den Kantonen, welche eine abstrakte Normenkontrolle eingeführt haben, können die kantonalen Gerichte die Corona-Massnahmen direkt überprüfen. In den anderen Kantonen setzt sich im Beschwerdefall direkt das Bundesgericht mit den Massnahmen im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle auseinander. Das Bundesgericht hat – wie gewisse kantonalen Gerichte – auch *Massnahmen der Kantone geprüft, welche nicht mehr in Kraft waren*, da es sich um Grundsatzfragen handelte, die sich in vergleichbarer Weise wieder stellen könnten und nicht rechtzeitig überprüft werden können. Gegenüber Erlassen des Bundes ist die Verfassungsgerichtsbarkeit allerdings eingeschränkt, weshalb die Corona-Massnahmen des Bundesrats nicht direkt vom Bundesgericht geprüft werden können. Es lässt sich also festhalten, dass der Rechtsschutz gegenüber kantonalen Corona-Massnahmen besser gewährleistet ist als gegenüber entsprechenden Massnahmen des Bundesrats. Ganz allgemein soll daher noch darauf hingewiesen werden, dass die eingeschränkte Möglichkeit der richterlichen Prüfung von Bundesratsverordnungen zu einer *Reflexion über die Verfassungsgerichtsbarkeit* durch das Bundesgericht einlädt.<sup>125</sup>

Massnahmen bedürfen einer genügenden *gesetzlichen Grundlage*. Das Bundesgericht hat sowohl die Zuständigkeit einer kantonalen Regierung zum Erlass von Corona-Massnahmen wie auch die rechtliche Grundlage dazu geprüft. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfen Kantonsregierungen die Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus ohne zusätzliche kantonale Gesetzesgrundlage gestützt auf *Art. 40 EpG* erlassen. Zu beachten ist allerdings, dass Art. 40 EpG *keine Organkompetenz* statuiert und dafür eine kantonale Rechtsgrundlage erforderlich ist. Im Idealfall wurde direkt im kantonalen Recht eine spezialgesetzliche Kompetenz der Regierung für den Vollzug des Epidemiengesetzes verankert, wodurch auch der vorgängige Einbezug des Kantonsparlaments sichergestellt ist. Als inhaltlich-gesetzliche Grundlage für die Grundrechtseingriffe hat das Bundesgericht Art. 40 EpG beigezogen. Eng damit verbunden ist die Frage nach der Rechtsnatur der Verordnungen mit den Corona-Massnahmen. Gemäss dem Bundesgericht erlassen die Kantone *Vollzugsverordnungen bei der Umsetzung von Art. 40 EpG*. Es wäre indessen auch denkbar, dass die Kantone *gesetzesergänzende Verordnungsbestimmungen* erlassen können, welche auch als Grundlage für einen Grundrechtseingriff in Frage kommen können. Hierzu müssten allerdings die Kantonsparlamente eine entsprechende Delegationsnorm vorsehen.

Bei der konkreten *Verhältnismässigkeitsprüfung* der Corona-Massnahmen besteht ein *Spannungsverhältnis*: Einerseits sollen durch erhöhte Anforderungen an die Verhältnismässigkeit unbestimmte Rechtsgrundlagen kompensiert werden. Andererseits sind die Umstände schwierig abzuschätzen und das Verhältnismässigkeitsprinzip wird insbesondere mit Bezug auf die Eignung und Erforderlichkeit

---

<sup>125</sup> Zum Ausbau des Rechtsschutzes gegenüber Corona-Massnahmen des Bundesrats de lege ferenda siehe KASPAR GERBER, Drei Leiturteile des Bundesgerichts zu kantonalen Coronamassnahmen, in: Jusletter vom 16. August 2021, Rz. 48 m.w.H.

aufgrund fehlender Daten tendenziell grosszügig bejaht. Letzteres wurde insbesondere mit Blick auf den Erlass eines Maskenobligatoriums deutlich: Hier genügt gemäss dem Bundesgericht – mit Blick auf die Empfehlungen des BAG und der WHO – die Erkenntnis, dass die Massnahme nach aktuellem Kenntnisstand jedenfalls nicht ungeeignet erscheint, um die Verbreitung zu reduzieren.<sup>126</sup> Auch bei der Beurteilung weiterer Massnahmen wie etwa von Veranstaltungs- und Versammlungsverboten stellt sich die Frage nach der Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse nicht in besonderem Masse und die *Eignung der Massnahmen wird eher grosszügig bejaht*. Jedoch gilt es mit Blick auf den Teilgehalt der Erforderlichkeit gemäss dem Bundesgericht zu beachten, dass die verschiedenen Sachverhalte genügend differenziert behandelt werden (z.B. unterschiedliche Regelungen zu privaten Veranstaltungen und öffentlichen Kundgebungen).

---

<sup>126</sup> BGer, Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.3.3: « A tout le moins, sur la base des connaissances du moment, cette mesure n'est pas inadaptée à la situation ».