

BGer 2C 115/2021 vom 21. Februar 2022

Bundesgericht, 2022-02-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_115_2021

FR: TF 2C 115/2021 du 21 février 2022

IT: TF 2C 115/2021 del 21 febbraio 2022

Regeste

Administrativverordnung zur Anordnung der Maskenpflicht in Kitas | Gesundheitswesen & soziale Sicherheit

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 42 Abs. 1 BGG sind Rechtsschriften in einer Amtssprache abzufassen. Das Verfahren vor dem Bundesgericht wird gemäss Art. 54 Abs. 1 BGG in einer der Amtssprachen (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) geführt, in der Regel in der Sprache des angefochtenen Entscheids (vgl. das Urteil 2C_237/2013 vom 27. März 2013 E. 1.2 mit Hinweis). Der angefochtene Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg ist in französischer Sprache abgefasst. Die Beschwerdeführerin ersucht darum, das bundesgerichtliche Verfahren in ihrer Muttersprache Deutsch führen zu können, zumal sie durch einen deutschsprachigen Anwalt vertreten sei (zur Gesuchspflicht in diesem Zusammenhang: BGE 124 III 205 E. 2). Es ist nicht sicher, dass die Mutter der Beschwerdeführerin die französische Sprache nicht versteht, was praxisgemäss Voraussetzung dafür bilden würde, dass von der Sprache im angefochtenen Entscheid abgewichen werden kann (vgl. etwa das Urteil 2C_294/2021 vom 13. April 2021 E. 3). Es kann dem Gesuch ausnahmsweise dennoch ohne weitere Abklärungen entsprochen werden.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin kann gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg vom 21. Dezember 2020 mit öffentlich-rechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht gelangen (Art. 82 ff. BGG). Abzustellen ist dabei auf die nach Ablauf der Frist eingereichte verbesserte Version der Beschwerdeschrift vom 15. Februar 2021, da sie reine Berichtigungen von Schreibfehlern enthält. Anders verhält es sich mit den erst in den "freiwilligen Bemerkungen" vom 22. bzw. 24. April 2021 enthaltenen (neuen) Vorbringen bezüglich des Verhältnisses des kantonalen Rechts zu Art. 40 des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz [EpG; SR 818.101]: Die Beschwerderügen müssen in der innert Beschwerdefrist einzureichenden Beschwerdeschrift selber enthalten sein (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG). Ein zweiter Schriftenwechsel dient nur dazu, auf die Vorbringen der Gegenpartei eingehen, aber nicht neue Anträge oder Rügen vorbringen zu können (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2; 134 IV 156 E. 1.7; Urteil 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 3.1).

E. 1.3

Es stellt sich die Frage, ob A. _____ beschwerdeberechtigt ist (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG)
:

E. 1.3.1

Im Verfahren vor dem Kantonsgericht hat ihre Mutter für sie und sich selber gehandelt. Das Kantonsgericht bejahte im Hinblick auf den Zwang, in der Kita Masken tragen zu müssen bzw. durch Personen betreut zu werden, die Masken tragen, sowohl die Beschwerdebefugnis der Eltern als auch jene der betroffenen Kinder. Dass die Mutter der Beschwerdeführerin heute nicht mehr für sich selber handelt, sondern nur noch für ihre Tochter (Art. 304 ZGB), ändert - entgegen der Auffassung der Direktion für Gesundheit und Soziales des Kantons Freiburg - nichts daran, dass die Beschwerdeführerin bereits am vorinstanzlichen Verfahren (mit) beteiligt gewesen ist (Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG).

E. 1.3.2

Die Beschwerdeführerin hat selber keine Schutzmaske zu tragen. Sie ist jedoch in ihrer Kita grundsätzlich von betreuenden Personen umgeben, die gestützt auf die angefochtene Regelung der Maskentragpflicht unterliegen. Für die Entwicklung - und damit die psychische Unversehrtheit der Kinder - sind der Gesichtsausdruck und die Mimik der sie umgebenden Erwachsenen bzw. Betreuenden von grundlegender Bedeutung (vgl. nachstehende E. 7.2 u. 7.3); dies gilt - wie hier - zumindest bei Kitas, in denen sich die (Klein-) Kinder regelmässig längere Zeit aufhalten und aufgrund der beanstandeten Regelung grundsätzlich durch maskierte Personen betreut werden. Die damit potentiell verbundenen Beeinträchtigungen der sprachlichen, sozialen und psychischen Entwicklung berühren elementare Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung der betreuten Kinder, weshalb nicht nur die Pflicht, Masken tragen zu müssen, in den Anwendungsbereich von Art. 10 Abs. 2 BV (Schutz der persönlichen Freiheit) fällt (vgl. das Urteil 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 4.3 mit Hinweisen), sondern auch die durch die Maskentragpflicht für Betreuungspersonen potentiell infrage gestellte kindgerechte Persönlichkeitsentwicklung (vgl. MAYA HERTIG RANDALL/JULIEN MARQUIS, IN: MARTENET/DUBEY [EDITEURS], Commentaire Romand, Constitution fédérale, 2021, N. 69 ff. ad Art. 10 Cst.; GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, 2. Aufl. 2017, N. 16 u. 22 zu Art. 10 BV ; zur Tragweite der persönlichen Freiheit: BGE 142 I 195 E. 3.2 ; 133 I 58 E. 6.1). Der Anwendungsbereich von Art. 10 Abs. 2 BV überschneidet sich teilweise mit jenem von Art. 11 BV , wonach Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben (vgl. AURÉLIE GAVILLET, in: Commentaire Romand, a.a.O., N. 10 ad Art. 11 Cst.; BIAGGINI, a.a.O., N. 17 zu Art. 10 BV u. N. 4 zu Art. 11 BV). Die Beschwerdeführerin ist deshalb durch die angefochtene Regelung im Sinne von Art. 89 Abs. 1 lit. b BGG besonders berührt, obwohl sie selber nicht verpflichtet ist, eine Maske zu tragen.

E. 1.3.3

Das schutzwürdige Interesse (Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG) besteht schliesslich im praktischen Nutzen, der sich daraus ergibt, dass die beschwerdeführende Person mit ihrem Anliegen obsiegt und dadurch ihre tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4); das Rechtsschutzinteresse muss grundsätzlich aktuell sein. Vorliegend ist nicht bekannt, ob und gegebenenfalls in welcher Form eine Maskentragpflicht in den Kitas des Kantons Freiburg fortbesteht. Der Frage braucht indessen nicht weiter nachgegangen zu werden: Das Bundesgericht tritt ausnahmsweise unter Verzicht auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses auf eine Beschwerde ein, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall

kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (BGE 146 II 335 E. 1.3 ; 142 I 135 E. 1.3.1 ; 139 I 206 E. 1.1; Urteile 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 1.2 und 2C_429/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 1.2). Dies ist hier der Fall. Im Übrigen ist auf die rechtliche und tatsächliche Situation im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids am 21. Dezember 2020 abzustellen (COVID-19-Schutzplan vom 25. September 2020; vgl. Lit. A.).

E. 2.1

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG); es prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nur die vorgebrachten Argumente, falls weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 142 I 135 E. 1.5). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2; 136 II 304 E. 2.5). Die Auslegung oder Anwendung kantonalen Rechts kann das Bundesgericht nur auf Willkür oder auf die Vereinbarkeit mit anderen verfassungsmässigen Rechten hin überprüfen, wobei wiederum eine qualifizierte Begründungspflicht besteht (BGE 141 I 105 E. 3.3.1).

E. 2.2

Das Bundesgericht ist an den Sachverhalt gebunden, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser erweise sich in einem entscheidewesentlichen Punkt als offensichtlich unvollständig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG ; BGE 142 I 135 E. 1.6; 133 II 249 E. 1.4.1). Inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung und die Sachverhaltsfeststellung klarerweise unhaltbar sein sollen, muss in der Beschwerdeschrift detailliert aufgezeigt werden (BGE 144 V 50 E. 4.2 mit Hinweisen; 134 II 244 E. 2.2). Es genügt dabei nicht, lediglich einzelne Elemente anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid hätten gewichtet werden können, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik diesbezüglich bloss die eigene Auffassung zu unterbreiten, ohne darzutun, dass und inwiefern der Sachverhalt in Verletzung von Art. 9 BV festgestellt worden ist bzw. die Beweiswürdigung sich als offensichtlich fehlerhaft erweist (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3; 116 Ia 85 E. 2b).

E. 2.3

Die Beschwerdeführerin legt - entgegen ihrer qualifizierten Begründungspflicht - nicht dar, inwiefern das kantonale Recht willkürlich oder in Widerspruch zu anderen verfassungsmässigen Rechten ausgelegt worden wäre. Soweit ihre Verfassungsrügen den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht genügen, wird im Folgenden darauf nicht weiter eingegangen. Dem bundesgerichtlichen Entscheid wird zudem der Sachverhalt zugrunde gelegt, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat, nachdem nicht dargetan wird, inwiefern dieser offensichtlich falsch oder unvollständig festgestellt worden wäre.

E. 3.1

Die Vorinstanz prüfte die Verfassungsmässigkeit der Pflicht, in den KITAS Masken tragen zu müssen bzw. sich als Kind maskiertem Pflegepersonal gegenüberzusehen, in Anwendung des kantonalen Schutzplans vom 25. September bzw. der Mitteilung vom 16. November 2020. Sie ging davon aus, dass die Maskentragpflicht für das Personal sowie Eltern und Drittpersonen über 12 Jahre in Kindertagesstätten beschwerdefähig sei (Verwaltungsverordnungen mit Aussenwirkungen). Das Gericht bejahte in der Sache das Vorliegen einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für die Maskentragpflicht; diese

liege im öffentlichen Interesse (Pandemiebekämpfung) und sei aufgrund der aktuellen Kenntnisse auch verhältnismässig. Die verschiedenen zitierten - abweichenden - Meinungen von Fachpersonen vermöchten hieran nichts zu ändern. Die derzeitige Regelung trage den Bedenken der Beschwerdeführerinnen Rechnung. Das Gericht habe nicht seine Einschätzung an die Stelle jener der zuständigen Behörden zu setzen, sondern nur zu prüfen, ob die Massnahme verfassungsmässige Rechte verletze oder nicht. Die Beeinträchtigungen der Kinder durch die Maskentragpflicht halte sich in einem "angemessenen" Rahmen ("demeure dans un rapport raisonnable").

E. 3.2.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Kantonsgericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 29 Abs. 2 BV), indem es auf ihre Ausführungen und Belege nicht weiter eingegangen sei. Die Maskentragpflicht gefährde die Gesundheit und Entwicklung der Kinder und damit deren Wohl; sie sei - wie die seit dem Entscheid des Kantonsgerichts gemachten Erfahrungen zeigten - nicht geeignet, das pandemische Geschehen nennenswert zu beeinflussen, und deshalb unverhältnismässig. Kinder und ganz besonders Kleinkinder würden durch die Maskentragpflicht der Erwachsenen in ihrer kindlichen und altersgerechten täglichen Kommunikation gestört. Aufgrund der zeitlichen Dauer der epidemiologischen Massnahmen sei ernsthaft zu befürchten, dass die (früh-) kindliche Entwicklung und Psychologie langfristig Schaden nehme.

E. 3.2.2

Die rechtsanwendenden Behörden hätten - so die Beschwerdeführerin weiter - den Anspruch der fremdbetreuten Kleinkinder auf einen "ganz besonderen Schutz" zu beachten (Art. 11 BV und Art. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [KRK; SR 0.107]). Art. 40 EpG biete keine ausreichende gesetzliche Grundlage "für Eingriffe in die physische oder psychische Unversehrtheit von Personen und schon gar nicht in die Unversehrtheit von Kindern". Der Bund habe im Bereich der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten seine umfassende derogatorische Gesetzgebungskompetenz weitgehend ausgeschöpft; die Kantone hätten "grundsätzlich in diesem Bereich keine Gesetzgebungskompetenz mehr". Die kritisierte Massnahme (Maskenpflicht Kitapersonal) sei "weder erforderlich, noch geeignet, um das angestrebte Ziel zu erreichen"; vor allem sei die Einschränkung "aber für die grundrechtlich speziell geschützte Personengruppe der Kleinkinder [...]" unzumutbar.

E. 3.3

Die Direktion für Gesundheit und Soziales des Kantons Freiburg wendet ein, dass für den Eingriff in die persönliche Freiheit und die Rechte der Kinder eine hinreichende gesetzliche Grundlage bestehe. Es gehe bei der Maskenpflicht in Kitas darum, die Ausbreitung des Corona-Virus zu beschränken und das Betreuungspersonal zu schützen. Seit Einführung der Maskentragpflicht habe keine Kita mehr geschlossen werden müssen; die Betreuung der Kinder habe (auch im Interesse der Eltern) weiter sichergestellt und eine Clusterbildung vermieden werden können. Die Notwendigkeit der Maskentragpflicht werde regelmässig überprüft und neuen Erkenntnissen angepasst. Um weitere Schliessungen von Kitas - mit den damit verbundenen Auswirkungen - zu verhindern, Sorge der Kanton konsequent für die Einhaltung der hygienischen Massnahmen in diesen. Sowohl der Verband Kinderbetreuung Schweiz ("kibesuisse") wie das Marie Meierhofer Institut für das Kind erachteten die Maskentragpflicht auch in den Kitas als geeignete Massnahme zum Schutz

vor dem Coronavirus; es bestehe zudem - wie von diesen Institutionen empfohlen - die Möglichkeit eines Kontakts ohne Maske zwischen dem Kind und seiner betreuenden Person. Die kantonalen Behörden hielten sich im Übrigen an die Vorgaben des Bundesamts für Gesundheit und die wissenschaftlichen Erkenntnisse von Bund und Kantonen.

E. 4.1

Das Bundesgericht hat bezüglich der gesetzlichen Grundlagen für Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-Pandemie entschieden, dass Art. 40 Abs. 2 EpG eine hinreichende formellgesetzliche Grundlage für die darin genannten Massnahmen, insbesondere für Verbote oder Einschränkungen von Veranstaltungen bilde. Eine zusätzliche formell-gesetzliche Grundlage auf kantonaler Ebene sei nicht erforderlich (vgl. BGE 147 I 450 E. 3.2.2; 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 3.4 und 2C_429/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 5.1.2). Dasselbe gelte für die Pflicht, in Einkaufsläden Masken tragen zu müssen, da dies ein milderes Mittel zur in Art. 40 Abs. 2 lit. b EpG vorgesehenen Möglichkeit der Schliessung von Betrieben sei. Für die Maskentragpflicht in Schulen gelte nichts anderes, nachdem die zuständigen kantonalen Behörden solche - wie andere öffentliche Institutionen und private Unternehmen - auch schliessen oder Vorschriften für ihren Betrieb verfügen könnten (Art. 40 Abs. 2 lit. b EpG).

E. 4.2

Gestützt auf Art. 8 Covid-19-Verordnung besondere Lage können die Kantone unter den darin jeweils genannten Voraussetzungen auch zusätzliche Massnahmen treffen, also Massnahmen, die über das hinausgehen, was der Bundesrat in den vorangehenden Bestimmungen der Verordnung angeordnet hat. Das Bundesgericht hat eine solche Kompetenz der Kantone bejaht für Einschränkungen von Veranstaltungen, welche über die bundesrechtlichen Einschränkungen hinausgehen, sofern die Voraussetzungen von Art. 8 der Covid-19-Verordnung besondere Lage erfüllt sind (vgl. die Urteile 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 5.5.3, zur Publikation vorgesehen; 2C_290/2021 vom 3. September 2021 E. 4.6 und 4.7, zur Publikation vorgesehen; BGE 147 I 450 E. 3.2.2; Urteil 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 3.5). Unter den gleichen Voraussetzungen hat es die Befugnis der Kantone bejaht, eine Maskenpflicht für Personen über 12 Jahre in Geschäften und Supermärkten anzuordnen (vgl. BGE 147 I 393 E. 5.1). Der blosser Umstand, dass ein Kanton einschneidendere Massnahmen vorsieht als der Bundesrat oder andere Kantone, ist für sich allein noch kein Grund, eine angefochtene kantonale Regelung als bundesrechtswidrig zu beurteilen (vgl. auch Urteil 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 3.7, zur Publikation vorgesehen). Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass die in Art. 8 Covid-19-Verordnung besondere Lage genannten Voraussetzungen nicht erfüllt gewesen wären. Ihre Annahme, der Bund habe im Bereich der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten seine umfassende derogatorische Gesetzgebungskompetenz (Art. 118 Abs. 2 lit. b BV) "weitgehend" ausgeschöpft, weshalb die Kantone "grundsätzlich in diesem Bereich keine Gesetzgebungskompetenz mehr" hätten, trifft nicht zu (vgl. hierzu die Urteile 2C_228/2021 und 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 3.2 - 3.5 bzw. 3.2 - 3.8, teilweise zur Publikation vorgesehen).

E. 4.3

Die beanstandete Maskentragpflicht für Personen über 12 Jahre in den Kitas des Kantons Freiburg ist Teil des nach Art. 4 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 19. Juni 2020 (Stand 15. August 2020) erforderlichen Schutzkonzepts. Dieses ist zudem im Rahmen

der Verordnung über kantonale Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der COVID-19-Epidemie ergangen (SGF 821.40.73), die sich ihrerseits auf das Epidemien-gesetz, auf die Covid-19-Verordnung besondere Lage des Bundes, auf Art. 111 Abs. 2 bzw. 117 der KV/FR (SGF 10.1), auf das kantonale Gesundheitsgesetz vom 16. November 1999 (Art. 31 Abs. 1 [SGF 821.0.1]) und auf das kantonale Gesetz vom 13. Dezember 2007 über den Bevölkerungsschutz (BevSG; SGF 52.2) stützen kann. Die zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids in Kraft stehende Fassung der Verordnung vom 10. November 2020 über kantonale Massnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus sah in Art. 5 unter dem Titel "Familienergänzende Tagesbetreuungseinrichtungen" vor, dass solche geöffnet blieben, "wenn ein Schutzkonzept eingehalten wird"; die Maskentragpflicht bildet - wie dargelegt - Teil von diesem. Gestützt auf Art. 1 Abs. 2 des Reglements vom 27. September 2021 über die familienergänzenden Tagesbetreuungseinrichtungen (SGF 835.11) ist die Direktion für Gesundheit und Soziales zudem befugt, generell Richtlinien und Empfehlungen für die Betreuung in Kitas zu erlassen. Zudem ist die Maskentragpflicht seit dem 19. Oktober 2020 im Bundesrecht selber verankert, anfangs im Rahmen eines Schutzkonzepts (Art. 3b Abs. 1 i.V.m Abs. 3 lit. a und Art. 4 Covid-19-Verordnung besondere Lage [AS 2020 4159]), seit dem 29. Oktober 2020 hiervon losgelöst, wobei "Personen in Institutionen der familienergänzenden Kinderbetreuung" von der entsprechenden Pflicht ausgenommen sind, "sofern das Tragen einer Gesichtsmaske die Betreuung wesentlich erschwert" (Art. 3b Covid-19-Verordnung besondere Lage in der Fassung vom 28. Oktober 2020 [AS 2020 4503]). Die kritisierte Maskentragpflicht in Kitas und ihre Auswirkungen auf die dort betreuten Kleinkinder beruhen damit auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage (vgl. zum Kanton Freiburg auch BGE 147 I 393 E. 5.1).

E. 5.1

Art. 10 BV schützt "alle Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen", wozu auch die kindgerechte physische und psychische Entwicklung gehört (vgl. vorstehende E. 1.3.2). Gemäss Art. 11 Abs. 1 BV haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Die Bestimmung verpflichtet auch die rechtsanwendenden Instanzen, insbesondere bei der Handhabung von Gesetzen, wie hier des EpG, den besonderen Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen. Da der Verfassungsgeber mit Art. 11 BV das Ziel verfolgt hat, die im Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK) verbrieften Rechte in der BV zu verankern, darf für die Auslegung von Art. 11 BV diese Regelung beigezogen werden (vgl. auch BGE 146 IV 267 E. 3.3.1).

E. 5.2

Was der Anspruch auf einen besonderen Schutz genau umfasst, kann nicht abstrakt und zeitlos bestimmt werden, sondern hängt von den jeweiligen konkreten Verhältnissen ab (BGE 144 II 233 E. 8.2.2). Hinsichtlich der einzelnen Regelung wird oft kein Idealzustand zu erreichen sein (BGE 146 IV 267 E. 3.3.1), zumal dann nicht, wenn - wie hier - potentiell kollidierende Ziele und Interessen gegeneinander abzuwägen sind. Es geht vielmehr darum, diese gegenläufigen Interessen zu gewichten und zu optimieren. Das fällt im Ergebnis mit der Verhältnismässigkeitsprüfung zusammen, wie sie sowohl als Voraussetzung für einen Grundrechtseingriff (Art. 36 Abs. 3 BV) als auch in der einfachgesetzlichen Anwendung von Art. 40 EpG vorzunehmen ist (Art. 5 Abs. 2 BV ; Art. 40 Abs. 3 EpG ; Urteile

2C_429/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 4.2; 2C_228/2021 und 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 4.2 bzw. 4.1, teilweise zur Veröffentlichung vorgesehen).

E. 5.3

Die Pflicht, eine Gesichtsmaske zu tragen bzw. dadurch im Betreuungsumfeld von Kitas allenfalls in der Entwicklung gestört zu werden, stellt eine Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) dar (vgl. vorstehende E. 1.3.2). Solche Einschränkungen sind unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig. Es besteht hier eine entsprechende gesetzliche Grundlage (vgl. vorstehende E. 4). Sodann liegt das Ziel, die Ausbreitung des Corona-Virus zu begrenzen, im öffentlichen Interesse (Urteile 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 6.5; 2C_290/2021 vom 3. September 2021 E. 5.4; jeweils zur Publikation vorgesehen; BGE 147 I 450 E. 3.3.1). Auch an Schulen bzw. in Kitas besteht ein gewisses Übertragungsrisiko (vgl. Urteile 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 6.2, teilweise zur Publikation vorgesehen, und 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 5.3.5). Näher zu prüfen ist die von der Beschwerdeführerin bestrittene Verhältnismässigkeit der Maskentragpflicht des Betreuungspersonals im Hinblick auf die damit allenfalls verbundene Beeinträchtigung ihrer persönlichen Entwicklungsfähigkeit.

E. 6.1

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation bestehen (vgl. Urteil 1C_181/2019 vom 29. April 2020, E. 5.3, nicht publ. in: BGE 147 I 103 ; 146 I 157 E. 5.4 ; 143 I 403 E. 5.6.3 ; 140 I 2 E. 9.2.2, mit Hinweisen). Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz kommt besondere Bedeutung zu für die harmonisierende Konkretisierung sich möglicherweise widersprechender verfassungsrechtlicher Vorgaben, wie z.B. dem Schutz von Leben und Gesundheit einerseits und den zu diesem Zweck verhängten Grundrechtsein- oder -beschränkungen andererseits (vgl. die teilweise zur Publikation vorgesehenen Urteile 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 5.2; 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 6.6; 2C_290/2021 vom 3. September 2021 E. 5.5; BGE 147 I 450 E. 3.2.3, jeweils mit weiteren Hinweisen).

E. 6.2

Das Element der Erforderlichkeit verlangt, dass das angestrebte Ziel nicht mit weniger einschneidenden Massnahmen erreicht werden kann (BGE 142 I 49 E. 9.1 ; 140 I 2 E. 9.2.2). Die angeordneten Massnahmen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den Risiken stehen, die mit diesen vermieden werden sollen. Dabei sind auch die negativen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen der Massnahme zu beachten (BGE 132 II 305 E. 4.4 und 5.1) und deren Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen (vgl. zum Ganzen die Urteile 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 5.3; 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 6.6.1; 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.4; jeweils zur Publikation vorgesehen).

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Kantonsgericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 29 Abs. 2 BV), indem es auf ihre Ausführungen und Belege nicht weiter eingegangen sei und lediglich die behördlichen Stellungnahmen bzw. Argumentationsreihen zum Einfluss der Betreuung durch maskiertes Personal auf die

Kindsentwicklung übernommen habe, ohne diese zu hinterfragen (vgl. vorstehende E. 3.2.1). Es habe den "klaren und von zahlreichen Studien und empirischen Erhebungen übereinstimmend vorgetragenen Erkenntnissen keine eigenen wissenschaftlichen Studien" gegenübergestellt. Kinder und ganz besonders Kleinkinder würden durch die Maskentragpflicht der betreuenden Personen in ihrer kindlichen und altersgerechten täglichen Kommunikation gestört; sie erlitten in ihrem individuellen Erleben, in ihrem kindlich natürlichen Empfinden und Lernen Einbussen, wenn sie auf Dauer von maskiertem Personal den ganzen Tag betreut würden. Aufgrund der zeitlichen Dauer der epidemiologischen Massnahmen sei ernsthaft zu befürchten, dass die (früh-) kindliche Entwicklung und Psychologie langfristig beeinträchtigt werde.

E. 7.2.1

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin überzeugen nicht: Sie beruft sich zum Beleg für die besonders (negativen) Auswirkungen der Maskentragpflicht auf die Kinder auf den Presseartikel einer Kinderpsychiaterin (Nadia Bruscheiler-Stern), auf die Äusserung einer Psychologin (Rita Jungo Küttel), auf Stellungnahmen von drei Logopädinnen (Emilie Castella, Amélie Collaud und Alexandra Ritz), auf ein Schreiben des Freiburger Kinderkrippenverbandes, auf Beobachtungen der Kitas "Fripouilles" in Corminboeuf und "Zauberschlossli" in Tafers, auf einen Bericht der "Association romande des logopédistes (ARLD)" aus dem Jahr 2003, auf eine Stellungnahme der "Konferenz der Freiburger LogopädInnenvereine" und auf eine Untersuchung aus Quebec. Die Durchsicht dieser Unterlagen ergibt, dass es sich dabei nicht um eigentliche wissenschaftliche Studien handelt. Den verschiedenen Äusserungen kann entnommen werden - was aber nicht bestritten ist - dass dem Gesicht und der Mimik der betreuenden Erwachsenen für die kindliche Entwicklung eine besondere Bedeutung zukommt und sie geeignet sind, den Spracherwerb, die Lernfähigkeit, die sozialen Komponenten, die Empathie, das Lesen der Absichten des andern und die Regulierung von Emotionen zu beeinflussen. Es ist dabei zwar von der Möglichkeit von negativen Auswirkungen die Rede; keine der eingereichten Unterlagen stellt solche jedoch in relevanter wissenschaftlicher Art und Weise fest. Im Übrigen wird von negativen Auswirkungen vor allem dann ausgegangen, wenn die Maskentragpflicht dauernd und ohne Ausnahmen besteht, was bei der beanstandeten Regelung gerade nicht der Fall ist.

E. 7.2.2

Wenn die Vorinstanz davon ausgegangen ist, dass es sich bei den entsprechenden Beweismitteln lediglich um weitere Meinungsäusserungen handle, und sie - wie die Direktion für Gesundheit und Soziales des Kantons Freiburg - in erster Linie auf die Empfehlungen des Marie Meierhofer Instituts für das Kind (als assoziiertes Institut der Universität Zürich) und des Verbands Kinderbetreuung ("kibesuisse") abgestellt hat, ist dies nicht zu beanstanden. Es liegt hierin entgegen der Kritik der Beschwerdeführerin keine Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 191c BV); die Vorinstanz durfte auch bei der Einschätzung der konkreten Massnahme ohne Verletzung von Bundesrecht eine gewisse Zurückhaltung üben (Urteile 2C_429/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 5.3.3; 2C_290/2021 vom 3. September 2021 E. 5.5.5 und 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 6.6.5, beide zur Publikation vorgesehen; BGE 132 II 305 E. 4.4 und 5.1 sowie die Urteile 2C_228/2021 vom 23. November 2021 E. 4.9 und 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 5.7, teilweise zur Publikation vorgesehen). Das angefochtene Urteil legt dar, von welchen wissenschaftlichen Grundlagen ausgegangen wird; eine etwas vertieftere

Auseinandersetzung mit den verschiedenen Quellen wäre allenfalls wünschbar gewesen, das Fehlen einer solchen bildet aber noch keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) : Die Prüfungs- und Begründungspflicht bedeutet nicht, dass die Behörde alle Äusserungen und Überlegungen wiederzugeben oder auf alle Vorbringen im Einzelnen einzugehen hat. Sie darf sich auf die entscheidungswesentlichen Gesichtspunkte beschränken, solange sich die betroffene Person - wie hier - über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und diesen sachgerecht anfechten kann (Urteile 2C_429/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 3.1 und 2C_165/2021 vom 27. Juli 2021 E. 5.2; BGE 121 I 54 E. 2c; 117 Ib 481 E. 6b/bb).

E. 7.3.1

Die Maskenpflicht in Kitas ist aufgrund der derzeitigen Erkenntnisse und den im COVID-19-Schutzplan vom 25. September 2020 vorgesehenen Ausnahmen erforderlich und geeignet, um der Verbreitung des Covid-Virus in den Kitas zum Schutz der betreuenden Personen und der Eltern bzw. weiterer Drittpersonen über 12 Jahren sowie der betreuten Kinder selber entgegenzuwirken und dafür zu sorgen, dass die Kitas - auch wegen ihrer gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedeutung - wenn immer möglich, nicht geschlossen werden müssen. Im Hinblick auf die vorgesehenen Ausnahmen in speziellen Situationen können allfällige Folgen in bezug auf die Entwicklung der Kleinkinder als zumutbar gelten: Die Empfehlungen des Marie Meierhofer Instituts für das Kind und von "kibesuisse" bezeichnen das Tragen von Hygienemasken (Nasen- und Mundschutz) wegen der spezifischen Situation (hohe Fallzahlen in Betreuungssituationen, erhöhtes Contact-Tracing und angeordnete Quarantänen) als notwendig. Ihre Empfehlungen sehen eine Maskenpflicht mit "definierten" und "gut dokumentierten" Ausnahmen als Teil eines umfassenden Schutzkonzepts vor (MARIE MEIERHOFER INSTITUT FÜR DAS KIND/KIBESUISSE, Hygienemasken [Nasen- und Mundschutz] als wichtiges Element von Schutzmassnahmen gegen die Covid-19-Pandemie in der familienergänzenden Bildung und Betreuung im Kanton Zürich, 29. Oktober 2020, S. 1).

E. 7.3.2

Gerade aus den von der Beschwerdeführerin genannten Gründen wenden sich die beiden Institutionen gegen eine permanente Maskenpflicht ohne definierte Ausnahmen: Das Tragen von Hygienemasken in Kitas verlange ein sorgfältiges Abwägen zwischen dem Wohl des Kindes bzw. dessen Recht auf eine positive Entwicklung einerseits und anderen Aspekten wie dem Schutz der Mitarbeitenden, der Aufrechterhaltung des Angebots sowie der öffentlichen Gesundheit und der Volkswirtschaft andererseits. Kleinkinder hätten elementare Beziehungs- und Kommunikationsbedürfnisse. Sie orientierten sich dabei an Mimik, Gestik, Sprache und Körperhaltung. Die Mundpartie des Gegenübers spiele nicht die einzige, aber eine wichtige Rolle, ganz besonders für den Spracherwerb. Kleinkinder brauchten regelmässig und während einer gewissen Zeit ihres Wachseins ein Gegenüber, das mit ihnen auch ohne verdecktes Gesicht im Dialog stehe, weshalb Ausnahmen von der Maskentragpflicht vorzusehen seien (MARIE MEIERHOFER INSTITUT FÜR DAS KIND/KIBESUISSE, FAQ und Beispiele guter Praxis zum Tragen von Hygienemasken in Kindertagesstätten als Schutzmassnahme gegen Covid-19-Pandemie, 5. Version, S. 4).

E. 7.3.3

Prof. Dr. Moritz Daum (Professor für Entwicklungspsychologie am Psychologischen Institut der Universität Zürich) hält seinerseits fest, dass es für die menschliche

Kommunikation wichtig sei, so viele Informationen wie nur möglich zu erhalten (akustisch, visuell, taktil, kinästhetisch); die Verringerung des Informationsgehalts des Gesichtsausdrucks mache die Interaktion zwar etwas schwieriger, allerdings gebe es Studien, die zeigten, dass der Mensch bereits mit sehr wenig Information sehr schnell und zuverlässig auf Gefühle und Emotionen anderer schliessen könne. Weitere Informationen wie die Modulation der Stimme und der Körperbewegungen fielen nicht weg; entsprechend sei der Informationsgehalt für Kinder in Interaktionen immer noch sehr hoch; es sei deshalb wichtig, unter der Maske nicht zu erstarren und die Mimik bewusst einzusetzen, sodass die Kinder deutliche Informationen z.B. über die Augen erhielten, und alle Handlungen - wie gewohnt - sprachlich zu begleiten (MARIE MEIERHOFER INSTITUT FÜR DAS KIND/KIBESUISSE, FAQ, a.a.O., S. 5). Der Kanton Freiburg hat die entsprechenden Empfehlungen in seinen Schutzplan für Kitas vom 25. September 2020 aufgenommen und die bisherige Regelung an diese Erkenntnisse angepasst.

E. 7.4

Der mit der Maskenpflicht verbundene Eingriff in das Kindeswohl bzw. in die Kindesentwicklung ist gestützt auf das Dargelegte mit den vorgesehenen Ausnahmen verhältnismässig und mit dem Bundesverfassungsrecht (Art. 10 und 11 BV) sowie Art. 3 KRK vereinbar (vgl. auch das Urteil 2C_429/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 5.7). Er beruht auf einer korrekten Interessenabwägung. Sollten neue Erkenntnisse zu einer hiervon abweichenden Beurteilung Anlass geben, hätten die kantonalen Behörden dem künftig Rechnung zu tragen, wie sie dies im Hinblick auf die Empfehlungen des Marie Meierhofer Instituts für das Kind und von "kibesuisse" bereits getan haben.

E. 8.1

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann (vgl. vorstehende E. 1.2 u. 2).

E. 8.2

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die unterliegende Beschwerdeführerin die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.