

BGer 2C 308/2021 vom 3. September 2021

Bundesgericht, 2021-09-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_308_2021

FR: TF 2C 308/2021 du 3 septembre 2021

IT: TF 2C 308/2021 del 3 settembre 2021

Regeste

Verordnung [des Regierungsrates des Kantons Bern] vom 4.11.2020 über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Änderung vom 19.3.2021 betreffend Verlängerung Art. 6a Beschränkung der Anzahl Teilnehmenden an politischen und zivilgesellschaftlichen... | Gesundheitswesen & soziale Sicherheit

Erwägungen

E. 1.1

Da der Kanton Bern gegen Verordnungen des Regierungsrats keine abstrakte Normenkontrolle auf kantonaler Ebene kennt (Art. 74 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b e contrario des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern [VRPG/BE; BSG 155.21]; RUTH HERZOG, in: Ruth Herzog/Michel Daum [Hrsg.], Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl. 2020, N. 13 und 86 ff. zu Art. 74 VRPG/BE), ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht direkt gegen den angefochtenen Erlass zulässig (Art. 82 lit. b und Art. 87 Abs. 1 BGG).

E. 1.2

Die Frist zur Anfechtung eines Erlasses beträgt 30 Tage seit der nach kantonalem Recht massgebenden Veröffentlichung des Erlasses (Art. 101 BGG). Die Beschwerdeführer fechten Art. 6a Covid-19 V/BE an. Dieser wurde erstmals am 18. Dezember 2020 beschlossen und trat am 19. Dezember 2020 in Kraft. Seit der Ordnungsänderung vom 25. Februar 2021, in Kraft seit 1. März 2021, blieb diese Bestimmung bis 16. April 2021 inhaltlich unverändert. Indessen war damals die Geltungsdauer bis 31. März 2021 befristet. Mit der hier angefochtenen Ordnungsänderung vom 19. März 2021 wurde die Bestimmung zwar inhaltlich nicht verändert, ihre Geltungsdauer aber bis zum 30. April 2021 verlängert. Die Beschwerdeführer sind durch diese Verlängerung berührt, auch wenn der Inhalt der Regelung unverändert geblieben ist. Die Sicherheitsdirektion bringt vor, es sei treuwidrig, die Verordnung erst jetzt anzufechten, nachdem sie in der Form, wie sie hier angefochten wird, bereits am 19. Dezember 2020 in Kraft gesetzt wurde. Indessen war damals die Verordnung bis 22. Januar 2021 befristet. Es ist nicht treuwidrig, eine befristet geltende Verordnung vorerst unangefochten zu lassen, in der Erwartung, dass sie ja nur kurze Zeit gelten wird, aber dann die Verlängerung anzufechten, weil sich daraus eine zusätzliche, am Anfang noch nicht absehbare Einschränkung ergibt.

E. 1.3

Gemäss Art. 89 Abs. 1 lit. b und c BGG ist zur Anfechtung eines kantonalen Erlasses legitimiert, wer durch den Erlass aktuell oder virtuell besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Änderung oder Aufhebung hat; das schutzwürdige

Interesse kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein (BGE 146 I 62 E. 2.1 ; 145 I 26 E. 1.2). Die Beschwerdeführer sind als Vereine mit Sitz oder natürliche Personen mit Wohnsitz im Kanton Bern von der in Art. 6a Covid-19 V/BE enthaltenen Einschränkung von Kundgebungen zumindest virtuell in schutzwürdigen Interessen betroffen und zur Beschwerde legitimiert, zumal sie glaubhaft geltend machen, derartige Kundgebungen in der Vergangenheit durchgeführt zu haben und in Zukunft durchführen zu wollen (Art. 89 Abs. 1 BGG). Das schutzwürdige Interesse (Art. 89 Abs. 1 lit. c) besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn die Beschwerdeführer mit ihrem Anliegen obsiegen und dadurch ihre tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann (BGE 141 II 14 E. 4.4); das Rechtsschutzinteresse muss daher grundsätzlich aktuell sein. Das gilt auch für die abstrakte Normenkontrolle (BGE 146 II 335 E. 1.3). Am aktuellen Rechtsschutzinteresse fehlt es, wenn der angefochtene Erlass inzwischen aufgehoben worden ist. Ausnahmsweise tritt das Bundesgericht 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). Das Bundesgericht kann dabei die Überprüfung auf diejenigen Streitfragen beschränken, die sich in Zukunft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit wieder stellen werden (BGE 131 II 670 E. 1.2).

E. 1.4

Die Verordnung in der Form, wie sie von den Beschwerdeführern angefochten wurde und wie sie Streitgegenstand bildet, besteht heute nicht mehr (vgl. vorne, Sachverhalt D). Die Beschwerde wirft aber die Frage auf, ob eine über die bundesrechtlichen Bestimmungen hinausgehende Einschränkung von Kundgebungen zulässig ist. Deren Beantwortung liegt wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse. Diese Frage könnte sich auch in Zukunft wieder stellen. Wenn - wie dies hier geschehen ist - diese Verordnungen in raschem Wechsel geändert werden, wäre eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung der angefochtenen Verordnung im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle kaum je möglich. Sodann wäre es für alle Beteiligten mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit verbunden, wenn jeweils konkrete Anwendungsfälle abgewartet werden müssten, um eine inzidente Normenkontrolle der streitbetroffenen Verordnungen durch alle Instanzen hindurch zu erwirken. Es rechtfertigt sich daher, auf das Erfordernis des aktuellen Interesse zu verzichten und auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

Die Beschwerdeführer beantragen im Hauptantrag die Feststellung der Nichtigkeit von Art. 6a Covid-19 V/BE. Sie begründen dies damit, die Verordnung verstosse gegen Bundesrecht. Die Frage nach den rechtlichen Folgen für kantonales Recht, das Bundesrecht entgegensteht, wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet, wobei in der neueren Literatur eine differenzierte Auffassung vertreten wird (vgl. ALEXANDER RUCH, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 21 zu Art. 49 BV ; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2017, N. 8 zu Art. 49 BV ; jeweils mit Hinweisen; vgl. auch ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. 2020, S. 378 f.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, S. 326 f. Rz. 846 ff.).

Die Möglichkeit, im abstrakten Normenkontrollverfahren jederzeit die Nichtigkeit einer kantonalen Norm feststellen zu können, würde namentlich die gesetzlichen Fristen für die abstrakte Anfechtung von Normen (Art. 101 BGG) aushebeln. Weil aber die Beschwerde rechtzeitig erhoben wurde, ist die Frage, ob eine bundesrechtswidrige Norm aufzuheben oder nichtig sei, vorliegend ohnehin gegenstandslos.

E. 3.1

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG), ferner die Verletzung von kantonalen verfassungsmässigen Rechten (Art. 95 lit. c BGG). Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht gilt eine qualifizierte Rügepflicht. Das Bundesgericht prüft solche Rügen nur, wenn sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden sind (Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 136 I 49 E. 1.4.1 mit Hinweis). Auf andere Aspekte geht es nicht ein, selbst wenn sie allenfalls verfassungsrechtlich problematisch sein könnten.

E. 3.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil grundsätzlich den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Urteilt es wie vorliegend direkt im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle über einen angefochtenen Erlass, fehlt ein vorinstanzlicher Sachverhalt, den das Bundesgericht seinem Urteil zugrunde legen könnte. Es hat daher den Sachverhalt eigenständig zu erheben, soweit dies für die Beurteilung erforderlich ist. Das Beweisverfahren richtet sich gemäss Art. 55 Abs. 1 BGG nach den dort genannten Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273). Beweis wird nur über erhebliche und grundsätzlich nur über bestrittene Tatsachen geführt (Art. 36 Abs. 1 BZP).

E. 4.1

Die Beschwerdeführer rügen eine Verletzung des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV), indem Art. 6a Covid-19 V/BE im Widerspruch zu Art. 6c der (eidgenössischen) Covid-19-Verordnung besondere Lage stehe. Ferner rügen sie eine Verletzung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 16 und Art. 22 BV ; Art. 19 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 [KV/BE; BSG 101.1]) : Da Art. 6a Covid-19 V/BE gegen Bundesrecht verstosse, könne er keine gültige gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe sein. Ohnehin sei er kein formelles Gesetz und könne schon deshalb keine gesetzliche Grundlage für schwere Grundrechtseingriffe bilden, wie sie hier vorlägen. Selbst wenn es sich bloss um leichte Grundrechtseingriffe handelte, würde es an einer gesetzlichen Delegationsnorm im Sinne von Art. 69 KV/BE fehlen. Sodann fehle es an einem überwiegenden öffentlichen Interesse am Verbot von Kundgebungen und sei dieses auch unverhältnismässig.

E. 4.2

Die Rüge der Verletzung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit fällt in Bezug auf das Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage zusammen mit derjenigen der Verletzung des Vorrangs des Bundesrechts. Denn eine bundesrechtswidrige kantonale Norm kann keine taugliche gesetzliche Grundlage sein für eine Einschränkung von Grundrechten, wie sie hier vorliegt. Es ist daher zunächst zu prüfen, ob die angefochtene Verordnung für sich allein oder gegebenenfalls in Verbindung mit anderen Normen eine genügende (Art. 36 Abs. 1 BV) und bundesrechtskonforme (Art. 49 Abs. 1 BV)

gesetzliche Grundlage darstellt. Bejahendenfalls sind anschliessend die übrigen Voraussetzungen für den Grundrechtseingriff zu prüfen (Art. 36 Abs. 2-4 BV).

E. 5

Reproduktionszahl,

E. 5.1

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst (d.h. im formellen Gesetz, BGE 145 I 156 E. 4.1 ; 143 I 253 E. 4.8/9 und E. 5) vorgesehen sein.

Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr. Für leichte Eingriffe reicht eine Grundlage im kompetenzgemäss erlassenen Verordnungsrecht (BGE 146 I 11 E. 3.3 ; 145 I 156 E. 4.1). Je gewichtiger ein Grundrechtseingriff ist, desto höher sind die Anforderungen an Normstufe und Normdichte. Schwere Grundrechtseingriffe benötigen eine klare und genaue Grundlage im Gesetz selbst (BGE 147 I 103 E. 14.2 ; 139 I 280 E. 5.1). Das formelle Gesetz muss selber die erforderliche Bestimmtheit aufweisen; auch wenn es den Inhalt der zulässigen Grundrechtseingriffe nicht detailliert regeln muss, hat sich dieser doch aus dem Gesetz zu ergeben bzw. muss unmittelbar darauf zurückgeführt werden können (BGE 143 I 253 E. 6.1 und 6.3). Das hier streitige Verbot für politische und zivilgesellschaftliche Kundgebungen von mehr als 15 Personen ist ein schwerer Eingriff in die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV ; Urteile 2C_8/2021 vom 25. Juni 2021 E. 3.2; 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.1; jeweils zur Publikation vorgesehen; BGE 142 I 121 E. 3.3 ; 132 I 49 E. 7.2 e contrario ; 103 Ia 310 E. 3b; vgl. ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS, Pandemie - Justiz - Menschenrechte, in: Pandemie und Recht, Sondernummer ZSR, 2020, S. 69 ff., 85; PATRICE MARTIN ZUMSTEG, in: Helbing Lichtenhahn Verlag [Hrsg.], COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, S. 802 ff.). Es setzt somit eine formell-gesetzliche Grundlage voraus. Die hier angefochtene Verordnung ist kein formelles Gesetz und kann nicht selber eine hinreichende gesetzliche Grundlage für den Grundrechtseingriff darstellen.

E. 5.2

Nach dem Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) können die Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen, soweit sie nicht in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind. Auch wenn sich eine Bundesregelung in einem bestimmten Sachbereich an sich als abschliessend darstellt, ist eine kantonale Lösung nicht ausgeschlossen, falls sie ein anderes Ziel verfolgt als dasjenige des Bundesrechts. Die Kantone dürfen jedoch im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln (BGE 145 IV 10 E. 2.1; 142 II 369 E. 5.2).

E. 5.3

Art. 118 Abs. 2 lit. b BV überträgt dem Bund eine umfassende, nachträglich derogatorische Zuständigkeit für die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren (BGE 139 I 242 E. 3.1 ; 133 I 110 E. 4.2). Unter anderem gestützt auf diese Bestimmung erliess der Bundesgesetzgeber das Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (EpG; SR 818.101). Das 5. Kapitel des Gesetzes ("Bekämpfung") sieht in seinem ersten

(Art. 30-39) und zweiten Abschnitt (Art. 40) Massnahmen vor, welche die zuständigen kantonalen Behörden anordnen können. In der besonderen Lage kann der Bundesrat nach Anhörung der Kantone bestimmte Massnahmen anordnen (Art. 6 Abs. 2 EpG). In der ausserordentlichen Lage kann der Bundesrat für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen (Art. 7 EpG). Der Vollzug des Gesetzes obliegt den Kantonen, soweit nicht der Bund zuständig ist (Art. 75 EpG), auch für die vom Bundesrat nach Art. 6 oder 7 EpG erlassenen Massnahmen (Art. 102 Abs. 2 der Verordnung vom 29. April 2015 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen [Epidemienverordnung, EpV; SR 818.101.1]). Aus dieser gesetzlichen Regelung ergibt sich, dass grundsätzlich sowohl die Kantone als auch (in der besonderen und ausserordentlichen Lage) der Bundesrat Massnahmen zur Bekämpfung ansteckender Krankheiten anordnen können.

E. 5.4

Die hier angefochtene Covid-19 V stützt sich gemäss ihrem Ingress unter anderem auf die Art. 40 Abs. 1 und 2 EpG . Art. 40 EpG lautet: 1 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. 2 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 und Verlassen bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmte Aktivitäten an definierten Orten verbieten oder einschränken. 3 Die Massnahmen dürfen nur so lange dauern, wie es notwendig ist, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern. Sie sind regelmässig zu überprüfen. Die Kantone sind also gemäss Art. 40 EpG ausdrücklich zuständig, um Massnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten anzuordnen, namentlich auch Verbote oder Einschränkungen von Veranstaltungen (Abs. 2 lit. a). Wie das Bundesgericht im Urteil 2C_8/2021 vom 25. Juni 2021 E. 3.6-3.8 (zur Publikation vorgesehen) entschieden hat, ist Art. 40 Abs. 2 EpG eine hinreichende formellgesetzliche Grundlage für kantonale Verbote oder Einschränkungen von Veranstaltungen. Eine zusätzliche formell-gesetzliche Grundlage auf kantonaler Ebene ist nicht erforderlich (vgl. auch Urteil 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.2, zur Publikation vorgesehen). Zwar ist Art. 40 Abs. 2 EpG insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit solche Massnahmen getroffen werden dürfen, relativ unbestimmt; ein gewisser Ermessensspielraum der vollziehenden Behörden ist jedoch angesichts der Natur der drohenden Gefahren und der fehlenden Vorhersehbarkeit der geeigneten Massnahmen unvermeidlich und verfassungsrechtlich zulässig (Urteil 2C_8/2021 vom 25. Juni 2021 E. 3.7.2, zur Publikation vorgesehen). Stellt somit Art. 40 Abs. 2 EpG bereits eine hinreichende formell-gesetzliche Grundlage für die verhängten Einschränkungen dar, ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer keine zusätzliche kantonale rechtliche Delegationsnorm im Sinne von Art. 69 KV/BE notwendig. Die angefochtene Verordnung hat somit grundsätzlich eine hinreichende gesetzliche Grundlage.

E. 5.5

Zu prüfen bleibt, ob eine bundesrechtliche Norm die kantonale Zuständigkeit aufhebt oder einschränkt. Die Beschwerdeführer berufen sich dafür auf die eidgenössische Covid-19-Verordnung besondere Lage und insbesondere auf deren Art. 6c.

E. 5.5.1

Die hier formell angefochtene Verordnungsbestimmung datiert vom 19. März 2021 (vgl. E. 1.2 hiervor). Die in diesem Zeitpunkt in Kraft stehende Fassung der eidgenössischen Covid-19-Verordnung besondere Lage enthielt unter anderem folgende Bestimmungen: Art. 6 Besondere Bestimmungen für Veranstaltungen sowie für Messen 1 Die Durchführung von Veranstaltungen ist verboten. Vom Verbot ausgenommen sind: a. Veranstaltungen nach Artikel 6c; b. Veranstaltungen zur politischen Meinungsbildung mit bis zu 50 Personen; c. Verhandlungen vor Schlichtungs- und Gerichtsbehörden; d. religiöse Veranstaltungen mit bis zu 50 Personen; e. Bestattungen im Familien- und engen Freundeskreis; f. Veranstaltungen im Bildungsbereich, die nach Artikel 6d erlaubt sind; g. Veranstaltungen ohne Publikum in den Bereichen Sport und Kultur nach den Artikeln 6e und 6f Absätze 2 und 3; h. Veranstaltungen im Familien- und Freundeskreis nach Absatz 2; i. Treffen etablierter Selbsthilfegruppen in den Bereichen der Suchtbekämpfung und der psychischen Gesundheit mit bis zu 10 Personen. 2 An Veranstaltungen im Familien- und Freundeskreis (private Veranstaltungen) dürfen in Innenbereichen höchstens 5 und in Aussenbereichen höchstens 15 Personen teilnehmen. Die Pflicht zur Erarbeitung und Umsetzung eines Schutzkonzepts gilt nicht. 3 Die Durchführung von Messen in Innenräumen ist verboten. Art. 6c Besondere Bestimmungen für Versammlungen politischer Körperschaften, politische und zivilgesellschaftliche Kundgebungen sowie Unterschriftensammlungen 1... 2 Für politische und zivilgesellschaftliche Kundgebungen und für Unterschriftensammlungen sind die Artikel 4-6 nicht anwendbar. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer müssen eine Gesichtsmaske tragen; es gelten jedoch die Ausnahmen nach Artikel 3b Absatz 2 Buchstaben a und b.

E. 5.5.2

Der Bundesrat hat somit zwar in Art. 6 seiner Verordnung Veranstaltungen grundsätzlich verboten, in Art. 6c Abs. 2 aber die politischen und zivilgesellschaftlichen Kundgebungen und die Unterschriftensammlungen von diesem Verbot ausgenommen. Demgegenüber erstreckt der hier angefochtene Art. 6a Covid-19 V/BE in der Fassung vom 19. März 2021 das Veranstaltungsverbot auch auf politische und zivilgesellschaftliche Kundgebungen von mehr als 15 Personen. Es liegt auf der Hand, dass diese Vorschrift von Art. 6 Abs. 1 lit. a sowie Art. 6c Abs. 2 der eidgenössischen Verordnung abweicht. Zu prüfen ist, ob diese Abweichung zulässig ist.

E. 5.5.3

Die angefochtene Verordnung beruft sich in ihrem Ingress auch auf die Art. 2 und 8 der Covid-19-Verordnung besondere Lage. Deren Art. 2 lautet seit Beginn unverändert wie folgt: Art. 2 Zuständigkeit der Kantone Soweit diese Verordnung nichts anders bestimmt, behalten die Kantone ihre Zuständigkeiten. Ein ausdrückliches Verbot, weitergehende Massnahmen zu treffen, ergibt sich aus der Verordnung nicht. Art. 8 lautet in der Fassung vom 4. Dezember 2020 (Inkrafttreten 9. Dezember 2020, AS 2020 5189) wie folgt: Art. 8 Zusätzliche Massnahmen der Kantone 1 Der Kanton trifft zusätzliche Massnahmen nach Artikel 40 EpG, wenn: a. die epidemiologische Lage im Kanton oder in einer Region dies erfordert; er beurteilt die Lage namentlich aufgrund folgender Indikatoren und ihrer Entwicklung: 1. Inzidenz (7-Tage, 14-Tage), 2. Anzahl Neuinfektionen (pro Tag, pro Woche), 3. Anteil positiver Tests an der Gesamtzahl durchgeführter Tests (Positivitätsrate), 4. Anzahl durchgeführter Tests (pro Tag, pro Woche),

E. 5.5.4

Die Beschwerdeführer argumentieren, der Regierungsrat habe entgegen dieser bundesrechtlichen Vorgabe nicht eine epidemiologisch besonders schwierige Lage aufgezeigt. Diese Kritik ist unbegründet: Art. 8 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage verlangt als Voraussetzung für weitergehende kantonale Massnahmen nicht eine epidemiologisch besonders schwierige Lage, sondern nur, dass die epidemiologische Lage "dies erfordert" (lit. a) und dass der Kanton aufgrund der epidemiologischen Lage nicht mehr die notwendigen Kapazitäten für die erforderliche Identifizierung und Benachrichtigung ansteckungsverdächtiger Personen nach Artikel 33 EpG bereitstellen kann (lit. b). Nach Art. 33 EpG kann eine Person, die krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig ist oder Krankheitserreger ausscheidet, identifiziert und benachrichtigt werden. Allgemeinnotorisch war seit Herbst 2020 wegen der grossen Zahl von Infektionsfällen eine umfassende Identifizierung und Benachrichtigung ansteckungsverdächtiger Personen nicht mehr möglich. Die Beschwerdeführer rügen denn auch nicht, die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 1 lit. b Covid-19-Verordnung besondere Lage seien nicht erfüllt. Entscheidend für die Zulässigkeit der Massnahme ist somit, ob die Voraussetzungen nach lit. a erfüllt sind, mithin dass die epidemiologische Lage diese Massnahmen erforderte. Dies fällt zusammen mit dem Kriterium der Erforderlichkeit als Teilgehalt der Verhältnismässigkeit und ist in diesem Zusammenhang zu prüfen (vgl. E. 6.6.1 und E. 7.7 hiernach). Auch die in Art. 8 Abs. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage enthaltene Anforderung, dass der Kanton dabei (d.h. beim Treffen zusätzlicher Massnahmen) namentlich die Ausübung der politischen Rechte sowie der Glaubens- und Gewissensfreiheit gewährleistet, kann in diesem Zusammenhang geprüft werden.

E. 5.6

Als Quintessenz ergibt sich, dass der Regierungsrat des Kantons Bern zum Erlass der angefochtenen Verordnung zuständig war und diese unter Vorbehalt der nachstehend zu prüfenden Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe nicht bundesrechtswidrig ist.

E. 6

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die angefochtene Ordnungsbestimmung verfassungskonform ist.

E. 6.1

Rechtsprechungsgemäss unterstehen Kundgebungen dem Schutz der Versammlungs- und der Meinungsfreiheit (Art. 22 und Art. 16 BV). Im Vordergrund steht dabei die Versammlungsfreiheit, da es sich bei der Meinungsfreiheit gemäss Art. 16 BV um ein gegenüber den speziellen Formen der Kommunikation subsidiäres Auffanggrundrecht handelt (BGE 144 I 281 E. 5.3.1 mit Hinweis). Die vorliegend von den Beschwerdeführern ebenfalls gerügte Einschränkung der Meinungsfreiheit erschöpft sich darin, dass Meinungen nur eingeschränkt an Kundgebungen geäussert werden können, weil diese ihrerseits eingeschränkt werden. Eine darüber hinaus gehende Einschränkung der Meinungsfreiheit, indem beispielsweise der Meinungsäusserung inhaltliche Schranken auferlegt würden, ergibt sich aus der angefochtenen Verordnung nicht, sodass dieser Rüge vorliegend keine selbständige Bedeutung zukommt.

E. 6.2

Die Versammlungsfreiheit wird durch Art. 19 KV/BE, Art. 22 BV sowie Art. 11 EMRK und Art. 21 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) gewährleistet. Massgebend ist dabei vorab Art. 22 BV bzw. die dazugehörige Rechtsprechung, da die Garantien gemäss Art. 11 EMRK und Art. 21 UNO-Pakt II hinsichtlich Inhalt und Umfang des Schutzes nicht über die Gewährleistung der Bundesverfassung hinausgehen (BGE 147 I 161 E. 4.2). Dies gilt auch in Bezug auf Kundgebungen auf öffentlichem Grund (BGE 132 I 256 E. 3 i.f.; 127 I 164 E. 3d i.f.). Gleich verhält es sich mit Art. 19 Abs. 1 KV/BE (vgl. BGE 132 I 49 E. 5.3). Die Beschwerdeführer machen zwar geltend, die kantonrechtliche Gewährleistung gehe insoweit über die bundesrechtliche hinaus, als Art. 19 Abs. 2 KV/BE ausdrücklich vorsehe, dass Kundgebungen auf öffentlichem Grund zu gestatten seien, wenn ein geordneter Ablauf gesichert und die Beeinträchtigung der anderen Benutzerinnen und Benutzer zumutbar erscheine; es bestehe somit ein Rechtsanspruch auf Bewilligung der Kundgebung. Allerdings wird bereits aus den bundesrechtlichen Garantien (Art. 16 und Art. 22 BV) ein bedingter Anspruch auf Benutzung des öffentlichen Grunds für Kundgebungen abgeleitet (BGE 143 I 147 E. 3.2; 132 I 256 E. 3). So oder so kann die Versammlungsfreiheit auch nach bernischem Verfassungsrecht (Art. 28 KV/BE) unter analogen Voraussetzungen wie nach Bundesrecht (Art. 36 BV) eingeschränkt werden (vgl. E. 6.4 hiernach).

E. 6.3

Nach Art. 22 Abs. 2 BV hat jede Person das Recht, Versammlungen zu organisieren, daran teilzunehmen oder davon fernzubleiben. Zu den Versammlungen gehören unterschiedliche Arten des Zusammenfindens von Menschen im Rahmen einer gewissen Organisation zu einem weit verstandenen gegenseitig meinungsbildenden oder meinungsaussernden Zweck (BGE 147 I 161 E. 4.2; 144 I 281 E. 5.3.1; 143 I 147 E. 3.1; 137 I 31 E. 6.1). Die Versammlungsfreiheit bildet eine zentrale Voraussetzung für die freie demokratische Willensbildung und die Ausübung der politischen Rechte und ist ein unentbehrlicher Bestandteil jeder demokratischen Verfassungsordnung (vgl. BIAGGINI, BV-Kommentar, a.a.O., N. 7 zu Art. 22 BV). Kundgebungen bzw. Demonstrationen zeichnen sich gegenüber anderen Versammlungen insbesondere durch ihre spezifische Appellfunktion aus, d.h. durch das Ziel, die Öffentlichkeit auf ein Anliegen der Teilnehmer aufmerksam zu machen (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 581; GIORGIO MALINVERNI, in: Constitution fédérale, Commentaire romand, 2021, N. 24 zu Art. 22 BV; CHRISTOPH ERRASS, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 15 zu Art. 22 BV; YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY-STRULLER, Demonstrationsfreiheit und Rechte Dritter, in: ZBl 1995 S. 101 ff.; vgl. auch BGE 100 Ia 392 E. 4c).

E. 6.4

Die angefochtene Verordnungsbestimmung stellt eine Einschränkung der Versammlungsfreiheit dar (vgl. E. 5.1 hiervor). Grundrechtseinschränkungen sind zulässig, wenn sie eine hinreichende gesetzliche Grundlage haben, durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sind, verhältnismässig sind und den Kerngehalt nicht antasten (Art. 36 BV; Art. 28 KV/BE). Eine hinreichende gesetzliche Grundlage liegt vor (vgl. E. 5 hiervor). Zu prüfen sind die übrigen Voraussetzungen.

E. 6.5

Die angefochtene Verordnung bezweckt, die Covid-19-Epidemie zu bekämpfen, indem die Ausbreitung des die Epidemie verursachenden Virus begrenzt werden soll. Es kann nicht ernsthaft bestritten werden, dass dieser Zweck im öffentlichen Interesse liegt (Art. 2 und 19 EpG ; Urteil 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.3.1, zur Publikation vorgesehen). Die Beschwerdeführer bringen allerdings vor, es bestehe kein öffentliches Interesse daran, dass die Kantone unterschiedliche Massnahmen treffen, soweit die zu regelnden Sachverhalte keine rein kantonalen Angelegenheiten seien; Kundgebungen seien gerade in der Bundesstadt Bern nicht rein kantonale Angelegenheiten, sondern würden sich auf nationale oder gar globale Themen beziehen und es fänden sich dazu Personen aus unterschiedlichen Landesgegenden zusammen. Diese Aspekte heben jedoch das öffentliche Interesse nicht auf: Die kantonale Zuständigkeit, weitergehende Massnahmen zu treffen als die bundesrechtlich angeordneten (Art. 8 Covid-19-Verordnung besondere Lage; vorne E. 5.5.3), bezieht sich nicht darauf, ob die eingeschränkten Veranstaltungen rein kantonale Bedeutung haben, sondern auf die epidemiologische Situation im Kanton. Die Frage, ob das öffentliche Interesse an der Epidemiebekämpfung die entgegenstehenden Interessen überwiegt, ist eine Frage der Verhältnismässigkeit.

E. 6.6

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels (1) geeignet und (2) erforderlich ist und sich (3) für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) : Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen (vgl. BGE 147 I 103 , nicht publ. E. 5.3 ; 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 konfligierender Verfassungsprinzipien, wie z.B. dem Schutz von Leben und Gesundheit einerseits und den zu diesem Zweck verhängten Grundrechtseinschränkungen andererseits (vgl. Urteile 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.3; 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 E. 5.3.1; jeweils zur Publikation vorgesehen).

E. 6.6.1

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). Dabei kann es in aller Regel nicht darum gehen, die Notwendigkeit einer risikoreduzierenden Massnahme mit Ja oder Nein zu beantworten, sondern es geht um eine graduelle Abstufung (BGE 143 II 518 E. 8.3.4). Je einschneidendere Massnahmen getroffen werden, desto wirksamer lassen sich die Risiken begrenzen, desto stärker sind in der Regel aber auch die unerwünschten Auswirkungen der Massnahmen. Insoweit lässt sich das Element der Erforderlichkeit nicht trennen von der Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne , d.h. der Zweck-Mittel-Relation: Die angeordneten Massnahmen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den Risiken stehen, die mit diesen Massnahmen vermieden werden sollen (BGE 131 II 431 E. 4.1; Urteil 2C_905/2010 vom 22. März 2011 E. 3.3.1). Je grösser das Risiko ist, desto eher sind risikoreduzierende Massnahmen gerechtfertigt bzw. geboten (BGE 143 II 518 E. 8.3.4; 143 IV 9 E. 2.9; spezifisch bezüglich Seuchenbekämpfung: BGE 132 II 305 E. 4.4 S. 323 f.). Zur Prüfung der Verhältnismässigkeit sind die Risiken soweit möglich zu quantifizieren, wobei nicht nur auf die denkbaren worst-case-Szenarien abzustellen, sondern auch die Wahrscheinlichkeit dieser Szenarien zu berücksichtigen ist. Ferner müssen auch die negativen

gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen der Massnahmen berücksichtigt und schliesslich Vor- und Nachteile gegeneinander abgewogen werden (zum Ganzen vgl. Urteil 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.4, zur Publikation vorgesehen). Prioritär sind Massnahmen zu treffen, bei denen das Verhältnis zwischen Risikoreduktion und unerwünschten Konsequenzen am besten ist (vgl. BGE 143 II 518 E. 8.3.4; 137 V 295 E. 6.2; 131 II 431 E. 4.4.4). Auch soweit eine grundrechtliche Schutzpflicht des Staates zur Abwehr von Gesundheitsgefährdungen besteht, können indessen nicht beliebig strenge Massnahmen getroffen werden, um jegliche Krankheitsübertragung zu verhindern. Vielmehr ist nach dem akzeptablen Risiko zu fragen und eine Abwägung zwischen den involvierten Interessen vorzunehmen (vgl. Urteile 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.3; 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 E. 5.3.1; jeweils zur Publikation vorgesehen). Schliesslich dürfen die Massnahmen nur solange dauern, wie es notwendig ist, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern. Sie sind regelmässig zu überprüfen (Art. 40 Abs. 3 EpG).

E. 6.6.2

Das Bundesgericht prüft bei Grundrechtseingriffen die Verhältnismässigkeit frei. Es auferlegt sich aber eine gewisse Zurückhaltung, wenn sich ausgesprochene Ermessensfragen stellen oder besondere örtliche Umstände zu würdigen sind, welche die kantonalen Behörden besser kennen und überblicken als das Bundesgericht (BGE 142 I 162 E. 3.2.2 ; 142 I 76 E. 3.3; 118 Ia 175 E. 3a). Dasselbe gilt für die relative Gewichtung, die den einzelnen involvierten Rechtsgütern und Interessen beizumessen ist, weshalb auch hier den politischen Behörden ein Beurteilungsspielraum zusteht (BGE 146 II 17 E. 6.4). Solange in keiner Rechtsnorm festgelegt ist, wie hoch das akzeptable Risiko bzw. das erforderliche Sicherheitsniveau ist, steht auch nicht fest, wo die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Risiken liegt (BGE 143 II 518 E. 5.7). Es ist alsdann nicht in erster Linie Sache der Gerichte, sondern des Verordnungsgebers oder der zuständigen Fachbehörden, das akzeptable Risiko festzulegen (BGE 139 II 185 E. 9.3). Andernfalls obliegt diese Aufgabe den Gerichten (Urteile 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.5; 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 E. 5.3.2; jeweils zur Publikation vorgesehen).

E. 6.6.3

Hinzu kommt, dass der Natur der Sache nach eine gewisse Unsicherheit besteht bezüglich der zukünftigen Wirkung einer bestimmten Massnahme (BGE 140 I 176 E. 6.2). Namentlich besteht bei neu auftretenden Infektionskrankheiten typischerweise eine hohe Unsicherheit über Ursachen, Folgen und geeignete Bekämpfungsmassnahmen (BGE 132 II 449 E. 5.4; 131 II 670 E. 2.3). Die zu treffenden Massnahmen können daher nicht im Voraus mit Bestimmtheit gesetzlich festgelegt werden, sondern müssen aufgrund des jeweils aktuellen, in der Regel unvollständigen Kenntnisstandes getroffen werden (BENJAMIN MÄRKLI, *Notrecht in der Anwendungsprobe - Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen*, Sicherheit & Recht 2020, S. 59 ff., 63; ZÜND/ERRASS, a.a.O., S. 85 f.; ZUMSTEG, a.a.O., S. 807), was einen gewissen Spielraum der zuständigen Behörden voraussetzt (BGE 131 II 670 E. 2.3 und E. 3; vgl. bereits BGE 50 I 334 E. 4). Jedenfalls wenn es um möglicherweise gewichtige Risiken geht, können Abwehrmassnahmen nicht erst dann getroffen werden, wenn wissenschaftliche Klarheit vorliegt, sondern bereits dann, wenn eine erhebliche Plausibilität besteht (BGE 132 II 305 E. 4.3 und 5.1; ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Le droit expérimental, Potentiel et limites en situation épidémiologique extraordinaire*, Sicherheit & Recht, 2020, S. 142 ff., 151 f.).

E. 6.6.4

Mit fortschreitendem Wissen sind die Massnahmen anzupassen. Widerlegen neue Erkenntnisse die bisherige Risikobeurteilung, müssen die Regelungen überprüft und gegebenenfalls entsprechend überarbeitet werden (Art. 31 Abs. 4, Art. 40 Abs. 3 und Art. 81 EpG ; BGE 136 I 1 E. 4.2.1 ; 132 I 7 E. 4.2; FLÜCKIGER, a.a.O., S. 150 ff.). Massnahmen, die in einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund des damaligen Kenntnisstands als gerechtfertigt betrachtet wurden, können mit besserem Wissen später als unnötig erscheinen; umgekehrt ist denkbar, dass mit verbesserter Erkenntnis Massnahmen als geeignet oder erforderlich erscheinen, welche früher nicht in Betracht gezogen oder getroffen wurden (BGE 139 II 185 E. 11.6.2) oder es kann sich erweisen, dass die früher getroffenen Massnahmen nicht ausreichen, um eine drohende Ausbreitung einer gefährlichen Krankheit zu verhindern, und deshalb strengere Massnahmen getroffen werden müssen (vgl. BGE 132 II 449 E. 4.3.1; 132 II 305 E. 5.4.1). In diesem Sinne ist jede Beurteilung, die zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommen wird, zwangsläufig provisorisch, beruhend auf dem aktuellen Stand des Wissens (BGE 139 II 185 E. 10.1.3). Dies bedingt allerdings, dass die Behörden ihren Wissensstand laufend erweitern. Mit zunehmender Dauer der Freiheitsbeschränkungen steigen auch die Anforderungen an die wissenschaftlichen Grundlagen für die Risikoabschätzung, namentlich weil die erwähnten Unsicherheiten betreffend neu auftretende Infektionskrankheiten (vgl. E. 6.6.3 hiervor) abnehmen. Vor diesem Hintergrund kann eine Massnahme nicht schon deshalb als unrechtmässig betrachtet werden, weil sie bei besserer Kenntnis aus der Retrospektive allenfalls nicht als optimal erscheint. Dies wäre ein unzulässiger Rückschaufehler (vgl. BGE 142 II 243 E. 2.4; 132 II 449 E. 5.4; 132 II 305 E. 4.4, 5.1 und 5.3; 131 II 670 E. 2.3; Urteil 6B_365/2010 vom 14. März 2011 E. 4.13.1). Sodann kann es angezeigt sein, rigorose Massnahmen bereits zu ergreifen, bevor es zu schweren Beeinträchtigungen kommt, um zu verhindern, dass später noch strengere Massnahmen getroffen werden müssen (vgl. BGE 132 II 449 E. 4.3.2 und 5.3).

E. 6.6.5

Insgesamt muss aus all diesen Gründen den fachlich zuständigen und politisch verantwortlichen Behörden ein erheblicher Beurteilungsspielraum zugestanden werden (Urteil 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.8, zur Publikation vorgesehen; BGE 132 II 305 E. 4.4 und 5.1).

E. 7

Nachdem feststeht, dass die hier strittige Einschränkung der Versammlungsfreiheit im öffentlichen Interesse liegt (vgl. E. 6.5 hiervor), ist deren Verhältnismässigkeit anhand der erwähnten Kriterien zu prüfen.

E. 7.1

Im Vortrag der Staatskanzlei zur Regierungsratssitzung vom 18. Dezember 2020 wurde ausgeführt, politische und zivilgesellschaftliche Kundgebungen von mehr als 15 Personen würden verboten, weil der Regierungsrat das mit grösseren Menschenansammlungen einhergehende epidemiologische Risiko derzeit als nicht tragbar erachte. Im Vortrag zur Sitzung vom 20. Januar 2021 (an welcher vorübergehend die Teilnehmerzahl auf 5 beschränkt wurde), wird ausgeführt, die epidemiologische Lage sei nach wie vor schwierig zu beurteilen. Die täglichen Neuinfektionen stagnierten auf hohem Niveau; die angestrebte rasche Entlastung des Gesundheitswesens habe auch zu Beginn des Jahres nicht erreicht

werden können. Das Auftreten neuer, hochansteckender Virusvarianten erhöhe das Risiko eines weiteren, schwierig kontrollierbaren Anstiegs der Fallzahlen erheblich. Der Bundesrat habe per 18. Januar 2021 die Obergrenze für Menschenansammlungen im öffentlichen Raum von 15 auf 5 Personen reduziert. Mit Blick auf das epidemiologische Risiko, das von Menschenansammlungen im öffentlichen Raum auch bei Kundgebungen ausgehe, und um einen einfachen Vollzug zu gewährleisten, werde die Teilnehmerzahl an Kundgebungen ebenfalls auf 5 Personen abgesenkt; eine einheitliche Obergrenze mache die Massnahme überdies für die Bevölkerung nachvollziehbarer. Im Vortrag zur Sitzung vom 25. Februar 2021 (an welcher die Teilnehmerzahl wieder auf 15 angehoben wurde), wurde ausgeführt, der Regierungsrat habe sich bei der Personenzahl für politische und zivilgesellschaftliche Kundgebungen jeweils an der bundesrechtlichen Obergrenze für Menschenansammlungen im öffentlichen Raum orientiert. Der Bundesrat sehe nun vor, Menschenansammlungen im öffentlichen Raum wieder bis zu 15 Personen zuzulassen. Deshalb werde die zulässige Personenzahl an Kundgebungen ebenfalls auf 15 erhöht. Damit könne ein einfacher und sachgerechter Vollzug durch die Kantonspolizei gewährleistet werden.

E. 7.2

In der Vernehmlassung zur Beschwerde führt der Kanton aus, die epidemiologische Lage im Zusammenhang mit Covid-19 habe sich im Kanton Bern seit Anfangs Oktober 2020 deutlich verschlechtert; die Fallzahlen der positiv getesteten Personen sowie die Anzahl Hospitalisationen seien stark angestiegen. Im Dezember seien die Fallzahlen äusserst bedenklich und die weiteren Entwicklungen höchst ungewiss gewesen. Die massgeblichen Kennzahlen hätten sich in einem angespannten Bereich bewegt. Nach wie vor seien die Intensivstationen in den bernischen Spitälern zu fast einem Drittel mit Covid-19-Patienten belegt. Es müsse verhindert werden, dass sich angesichts neuer Virusvarianten unkontrollierbare Zustände ergeben. Bei grossen Kundgebungen sei das Risiko einer Krankheitsverbreitung erfahrungsgemäss hoch, zumal die Teilnehmer oft eng beieinander seien, die Maskentragpflicht selten eingehalten werde und auch das bei Kundgebungen übliche laute Skandieren von Parolen ein bedeutender Faktor für die Ausbreitung von Viren sei. Zudem führten auch die An- und Abreise im Zusammenhang mit Veranstaltungen zu einer starken Bewegung und Zusammenkunft der Bevölkerung. Es sei auch kaum möglich, Vorgaben wie die Maskentragpflicht durchzusetzen. Habe sich einmal eine grössere Zahl von Personen zusammengefunden, sei es kaum möglich, bei Missachtung der Vorgaben die Veranstaltung mit verhältnismässigen polizeilichen Mitteln aufzulösen. Zu beachten sei sodann die besondere Rolle der Stadt Bern als Bundesstadt, in welcher eine sehr grosse Zahl von Kundgebungen stattfinde. Gerade auch die Corona-Situation habe gezeigt, dass es Situationen gebe mit grossen Kundgebungen von "Corona-Skeptikern" sowie grossen Gegendemonstrationen. Ohne Veranstaltungsverbot hätten solche Kundgebungen mutmasslich vor allem im Kanton Bern stattgefunden und das epidemiologische Risiko hätte damit zugenommen. Der Kanton Bern habe daher ein höheres Risiko und Schutzbedürfnis als andere Kantone. Nur eine Beschränkung der zulässigen Teilnehmerzahl vermöge dieses Risiko hinreichend zu senken. Aus epidemiologischer Sicht spiele es keine Rolle, ob eine grosse Menschenmenge sich zu einer politischen Kundgebung oder zu anderen Zwecken zusammenfinde. Die Ansteckungsgefahr bestehe genau gleich. Eine einzelfallweise Betrachtung im Rahmen des Bewilligungsverfahrens genüge nicht. Die politische Meinungsäusserung sei zudem auch auf andere Weise möglich. Schliesslich sei die Geltungsdauer der Massnahme befristet und der Regierungsrat werde sie je nach epidemiologischer Entwicklung anpassen oder beenden.

E. 7.3

Die Beschwerdeführer stellen nicht in Frage, dass die epidemiologische Lage angespannt war. Sie kritisieren auch nicht, dass der Bundesrat in seiner Verordnung (die als solche hier nicht zu überprüfen ist) Menschenansammlungen und Veranstaltungen generell bzw. mit mehr als 15 Teilnehmern verboten hat. Sie bringen aber vor, der Bundesrat habe in seiner Verordnung die politischen und zivilgesellschaftlichen Kundgebungen bewusst aufgrund ihrer hohen staatsrechtlichen Bedeutung privilegiert und dafür eine Maskenpflicht genügen lassen. Der Regierungsrat habe sich demgegenüber an die bundesrechtliche Regelung betreffend Menschenansammlungen im öffentlichen Raum angelehnt, ohne zu berücksichtigen, dass es bei Kundgebungen um eine grundrechtlich geschützte Tätigkeit gehe. Die Versammlungsfreiheit erfülle eine menschenrechtliche sowie eine demokratische Funktion; sie schütze das menschliche Bedürfnis nach Zusammengehörigkeit und Solidarität und sei ein wichtiges Element im Prozess der gesellschaftlichen und politischen Meinungsbildung. Eine kleine Kundgebung mit maximal 15 Teilnehmern könne nicht die gleiche Appellwirkung entfalten wie eine grosse Kundgebung, welcher die hohe Zahl der Teilnehmenden eine politische Kraft verleihe. Die Kundgebungen fänden an der frischen Luft statt und es bestehe bereits bundesrechtlich die Pflicht zum Maskentragen. Der Regierungsrat habe nicht dargelegt, weshalb dieses mildere Mittel nicht ausreichend sein soll, um die Ausbreitung des Virus zu verhindern. Zudem seien Kundgebungen bewilligungspflichtig und dadurch der staatlichen Kontrolle zugänglich, so dass Auflagen als milderes Mittel gegenüber einer Beschränkung der Teilnehmerzahlen möglich wären. Der Regierungsrat habe lediglich Vollzugsfragen geltend gemacht und nicht auf die gemäss Art. 8 Covid-19-Verordnung besondere Lage erforderlichen Kriterien abgestellt.

E. 7.4

Aus den vom Kanton in der Vernehmlassung vorgelegten Zahlen (laborbestätigte Fälle pro 100'000 Einwohner; Covid-19-bedingte Auslastung der Intensivstationen) geht hervor, dass die epidemiologische Belastung im Kanton Bern von November 2020 bis Januar 2021 hoch war und nach einem vorübergehenden Rückgang im März/April 2021 wieder zugenommen hat. Zwar ist nicht dargelegt, dass die Situation schlimmer gewesen wäre als im gleichen Zeitraum in anderen Kantonen. Jedoch ist es den Kantonen nicht verwehrt, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten aus sachlich haltbaren Gründen eine andere Risikobeurteilung vorzunehmen und dementsprechend strengere risikoreduzierende Massnahmen anzuordnen als andere Kantone; dies ist keine Verletzung der Rechtsgleichheit, sondern vielmehr Konsequenz des Föderalismus (BGE 136 I 1 E. 4.4.4 ; 133 I 249 E. 3.4; vgl. auch Art. 46 Abs. 3 und Art. 47 BV).

E. 7.5

Allgemeinnotorisch erfolgt die Übertragung von SARS-CoV-2 weitgehend von Mensch zu Mensch. Es leuchtet deshalb ein, dass eine Einschränkung von zwischenmenschlichen Kontakten geeignet ist, die Übertragung von Viren und damit auch die durch Virenübertragung verursachten Infektionen und Krankheiten zu reduzieren. Verbote oder Einschränkungen von Veranstaltungen schränken die zwischenmenschlichen Kontakte ein und sind daher ein grundsätzlich taugliches Mittel, um die Verbreitung einer Krankheit zu reduzieren (Urteil 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.3.1, zur Publikation vorgesehen). Der Stand der Forschung lässt auch darauf schliessen, dass die Beschränkung der Teilnehmerzahl an Veranstaltungen ein wirksames Mittel zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie ist, und zwar umso wirksamer, je tiefer die zugelassene Teilnehmerzahl

ist (DANIEL KETTIGER, Die Einschränkung von Demonstrationen vor dem Hintergrund wissenschaftlicher Erkenntnisse, Jusletter Coronavirus-Blog, <<https://jusletter.weblaw.ch/blog/kettiger31032021.html>>, Ziff. 2.1 mit Hinweisen; vgl. eingehender Urteil 2C_290/2021 vom 3. September 2021 E. 6.2). Die Beschwerdeführer bringen freilich vor, solange die Bevölkerung zwischen den Kantonen mobil sei, ergebe ein Kundgebungsverbot in einzelnen Kantonen keinen Sinn und sei nicht geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Indessen liegt es im Wesen kantonaler Zuständigkeiten, dass ihre Tragweite auf das Kantonsgebiet begrenzt ist. Wenn ein Kanton Veranstaltungen einschränkt, weil er das epidemiologische Risiko bei sich als zu hoch erachtet, schliesst dies zwar nicht aus, dass Menschen in anderen Kantonen Kundgebungen durchführen. Es ist alsdann Sache der dortigen Behörden zu beurteilen, ob dies angesichts der bei ihnen bestehenden Risikolage zuzulassen sei. Die grundsätzliche Eignung der Massnahme wird dadurch nicht in Frage gestellt.

E. 7.6

Aus rein epidemiologischer Sicht erscheint eine Gleichbehandlung von Menschenansammlungen und Veranstaltungen, bei welchen das Ansteckungsrisiko vergleichbar ist, unabhängig von ihrem Ziel und Zweck, als gerechtfertigt. Denn geht es darum, zum Zwecke der Krankheitsbekämpfung Veranstaltungen einzuschränken, so ist in erster Linie das epidemiologische Risiko massgebend, das von einer Veranstaltung ausgeht. In diesem Lichte leuchtet die Argumentation des Kantons Bern, die auch auf Rechtsgleichheitsüberlegungen beruht, ein. So folgt aus dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), dass gleich hohe Risiken grundsätzlich gleich und unterschiedlich hohe Risiken unterschiedlich zu behandeln sind. Wenn Menschenansammlungen oder Veranstaltungen ein derart erhöhtes Risiko darstellen, dass dies Einschränkungen oder Verbote rechtfertigt, dann gilt dies grundsätzlich unabhängig davon, welchem Zweck oder Ziel die Menschenansammlung oder Veranstaltung dient.

E. 7.7

Das bedeutet allerdings nicht zwingend, dass alle Veranstaltungen gleich zu behandeln wären, da es sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung geben kann.

E. 7.7.1

Wie die Beschwerdeführer zu Recht ausführen, besteht die Besonderheit politischer Kundgebungen unter anderem darin, dass sie zur demokratischen Meinungsbildung beitragen, indem auch Anliegen und Auffassungen in der Öffentlichkeit zum Ausdruck gebracht werden können, die innerhalb der bestehenden demokratischen Verfahren oder Einrichtungen weniger zum Ausdruck kommen (vgl. BGE 127 I 164 E. 3c/d; 107 Ia 64 E. 3b; 100 Ia 392 E. 4c und 5; Urteil 1C_35/2015 vom 28. Oktober 2015 E. 4.3, in ZBl 2016 S. 253 ff.). Das Bundesgericht hat seit jeher im Zusammenhang mit Demonstrationen auf den hohen Stellenwert hingewiesen, welcher der Versammlungsfreiheit aufgrund deren zentralen Bedeutung für die Meinungsbildung in einem freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat, besonders auch in politisch unruhigen Zeiten, zukommt (vgl. Urteil 1C_35/2015 vom 28. Oktober 2015 E. 4.3, in: ZBl 2016 S. 253 ff., mit zahlreichen Hinweisen). Auch der Bundesrat begründet die in Art. 6c Abs. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage statuierte Ausnahme vom (damaligen) grundsätzlichen Veranstaltungsverbot mit der hohen Bedeutung, die politischen und zivilgesellschaftlichen Kundgebungen in einer grund- und staatsrechtlichen Perspektive zukommt. Aus diesem

Grund wurden solche Kundgebungen gegenüber anderen Veranstaltungen insofern privilegiert, als diese nicht sämtliche an übrige Veranstaltungen gestellten Anforderungen erfüllen mussten. Insbesondere wurde keine Begrenzung hinsichtlich der Anzahl Teilnehmer festgelegt. Der Bundesrat erwog vielmehr, dass mit der Pflicht der Teilnehmenden, eine Gesichtsmaske zu tragen, das Recht auf freie Meinungsäusserung mit dem erforderlichen Schutz gewährleistet werden könne (Bundesamt für Gesundheit, Erläuterungen zur Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der COVID-19-Epidemie [Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26], Version vom 27. April 2021, S. 7, 24 f. [nachfolgend: Erläuterungen Covid-19-Verordnung besondere Lage]). Zwar dürfen die Kantone, wie bereits ausgeführt, schärfere Massnahmen anordnen bzw. sind sie nicht gehalten, die bundesrechtlichen Vorgaben zu übernehmen. Indessen gilt es im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen, dass der Bundesrat politische und zivilgesellschaftliche Kundgebungen, d.h. solche, die der politischen und gesellschaftlichen Meinungsäusserung und -bildung dienen und typischerweise im öffentlichen Raum stattfinden (vgl. Erläuterungen Covid-19-Verordnung besondere Lage, a.a.O., S. 24), aufgrund des hohen öffentlichen Interesses speziellen Vorschriften unterstellt und insbesondere keine maximale Anzahl Teilnehmer vorgesehen hat.

E. 7.7.2

Sodann ist im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen, dass Kundgebungen grundsätzlich im Freien stattfinden, wo die Ansteckungsgefahr nach dem aktuellen Stand des Wissens wohl geringer ist als in geschlossenen Räumen. Durch zusätzliche Massnahmen wie Abstandhalten und/oder die Pflicht zum Tragen einer Gesichtsmaske lässt sich das Ansteckungsrisiko weiter reduzieren. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass Kundgebungen, insbesondere solche, die in der Bundesstadt Bern durchgeführt werden, erfahrungsgemäss in der Regel auf öffentlichem Grund stattfinden und daher bewilligungspflichtig sind (vgl. BGE 132 I 256 E. 3; ausführlich dazu HANGARTNER/KLEY-STRULLER, a.a.O., S. 105 ff.). Im Bewilligungsverfahren sind nicht nur Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Kundgebung, sondern ebenso sehr die Randbedingungen, allfällige Auflagen, und eventuelle Alternativen zu prüfen (BGE 132 I 256 E. 3). Zudem kann eine dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügende Gestaltung eine entsprechende verhältnismässige Mitwirkung der Veranstalter erfordern (vgl. BGE 143 I 147 E. 3.2). Im Bewilligungsverfahren kann somit eine umfassende Interessenabwägung, unter Einbezug epidemiologischer Gesichtspunkte, vorgenommen werden, und es können, je nach Art der Veranstaltung (Umzug, Platzkundgebung, etc.), weitere Auflagen angeordnet werden. Dabei haben die Behörden auch dem legitimen Bedürfnis, Veranstaltungen mit Appellwirkung an eine breite Öffentlichkeit durchführen zu können, angemessen Rechnung zu tragen (BGE 100 Ia 392 E. 5; vgl. auch BGE 143 I 147 E. 3.2). Demgegenüber darf für die Zulassung bzw. Einschränkung von Versammlungen nicht massgebend sein, ob ihr Ziel den zuständigen Behörden mehr oder weniger wertvoll erscheint (BGE 132 I 256 E. 3 ; 127 I 164 E. 3b S. 171).

E. 7.7.3

Vor dem Hintergrund, dass die grundsätzliche Bewilligungspflicht für Demonstrationen auf öffentlichem Grund differenzierte Lösungen im Einzelfall sowie die Anordnung risikolimitierender Auflagen erlaubt und mit Blick auf die hohe demokratische Bedeutung von Kundgebungen erscheint eine generelle Begrenzung der Teilnehmerzahl auf 15

Personen, wie namentlich bei privaten Veranstaltungen, nicht erforderlich. Entgegen der Auffassung des Regierungsrats reicht die Befürchtung, dass die angeordneten Auflagen an gewissen Kundgebungen nicht eingehalten würden oder der Umstand, dass der polizeiliche Aufwand zur Durchsetzung dieser Auflagen bei grösseren Veranstaltungen höher sein mag, nicht aus, um die hier strittige Begrenzung der Teilnehmerzahl als alternativlos erscheinen zu lassen.

E. 7.8

Mit Blick auf die Verhältnismässigkeit in engerem Sinne ist Folgendes festzuhalten:

E. 7.8.1

Es mag zutreffen, dass bei der heutigen Entwicklung der Kommunikationsmittel und -möglichkeiten Kundgebungen nicht mehr die einzige Möglichkeit darstellen, politische Anliegen und Appelle an die Öffentlichkeit zu tragen oder Informationen zu vermitteln. So können Versammlungen namentlich auch online bzw. virtuell, ohne physische Präsenz, stattfinden (vgl. MAYA HERTIG, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 6 zu Art. 22 BV ; MATTHIAS APPENZELLER, Appell ohne Präsenz? Zur Bedeutung "virtueller Versammlungen" für die Einschränkung von Demonstrationen auf öffentlichem Grund, Jusletter-Coronablog, <<https://jusletter.weblaw.ch/blog/appenzeller15042022.html>>, Ziff. 2.3, 3.3.2). Der Stellenwert von physischen Demonstrationen als Mittel der demokratischen Meinungsäusserung wird dadurch reduziert, aber nicht aufgehoben, da Online-Aktionen in der Regel auf weniger Resonanz treffen als namentlich Veranstaltungen auf öffentlichem Grund (vgl. DANIEL KETTIGER, Die Einschränkung von Demonstrationen vor dem Hintergrund wissenschaftlicher Erkenntnisse, Jusletter-Coronablog, <<https://jusletter.weblaw.ch/blog/kettiger31032021.html>>, Ziff. 3.3; APPENZELLER, a.a.O., Ziff. 3.3.3). Insbesondere gilt es zu beachten, dass Kundgebungen - anders als beispielsweise private Veranstaltungen - in erster Linie auf Aussenwirkungen bedacht sind (vgl. auch Erläuterungen Covid-19-Verordnung besondere Lage, a.a.O., S. 24). Im Gegensatz zu anderen Formen von Meinungsbildung richten sie sich nicht primär an Personen, die sich ohnehin bereits für ein bestimmtes Thema interessieren; vielmehr sollen auch Dritte bzw. Passanten sowie die Medien auf die jeweiligen Anliegen aufmerksam gemacht werden (vgl. MALINVERNI, a.a.O., N. 24 zu Art. 22 BV). Kundgebungen auf öffentlichem Grund bilden somit ein wirksames Forum, sich in der breiten Öffentlichkeit und den Massenmedien wirksam Gehör zu verschaffen. Insofern erfüllt die Versammlungsfreiheit auch eine Ventil- sowie eine "Warn-, Kontroll- und Innovationsfunktion" (HERTIG, a.a.O., N. 1 zu Art. 22 BV ; BGE 100 Ia 392 E. 4c). Diese spielt vorliegend - auch mit Blick auf die zahlreichen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Covid-19-Epidemie verhängten Grundrechtseinschränkungen - eine besonders wichtige Rolle.

E. 7.8.2

Vor diesem Hintergrund erscheint naheliegend, dass die Teilnehmerzahl einen starken Einfluss auf die Wahrnehmung der jeweiligen Kundgebung bzw. der in diesem Rahmen zum Ausdruck gebrachten Anliegen durch die Öffentlichkeit hat. Zwar können auch kleinere Kundgebungen und die damit vertretenen Anliegen durch Medien weit verbreitet werden; jedoch entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Appell- und Publizitätswirkung sowie die mediale Resonanz grösserer Kundgebungen wesentlich höher ist. Die Begrenzung der Teilnehmer auf die zum massgeblichen Zeitpunkt von

Bundesrechts wegen für private Veranstaltungen geltende Zahl von 15 Personen schränkt die Versammlungsfreiheit in Bezug auf Demonstrationen derart ein, dass diese praktisch ihres Gehalts entleert wird. In diesem Kontext wird die Ausübung der Versammlungsfreiheit nahezu verunmöglicht, was letztlich einem faktischen Verbot von Kundgebungen gleichkommt.

E. 8.1

Im Ergebnis ist die hier strittige Beschränkung der Anzahl Teilnehmenden an politischen und zivilgesellschaftlichen Kundgebungen auf 15 Personen aufgrund des Umstandes, dass das gesundheitspolizeiliche Ziel mit milderer Massnahmen erreicht werden kann und angesichts des hohen öffentlichen Interesses an Kundgebungen weder erforderlich noch zumutbar. Die angefochtene Verordnungsbestimmung stellt einen unverhältnismässigen und somit unzulässigen Eingriff in die Versammlungsfreiheit (Art. 22 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV) dar und erweist sich als verfassungswidrig.

E. 8.2

Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Es ist festzustellen, dass Art. 6a der Verordnung des Kantons Bern vom 4. November 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, in der Fassung vom 19. März 2021, bundesrechtswidrig war.

E. 8.3

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Die nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 2 BGG).

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