

# **BGer 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021**

Bundesgericht, 2021-06-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_8\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_8_2021)

FR: TF 2C\_8/2021 du 25 juin 2021

IT: TF 2C\_8/2021 del 25 giugno 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid des Verwaltungsgerichts ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, Art. 89 Abs. 1 und Art. 90 BGG ), aber unbegründet:

#### **E. 1.1**

Die Kantone sind von Bundesrechts wegen nicht verpflichtet, eine abstrakte Normenkontrolle gegenüber kantonalen Erlassen vorzusehen ( Art. 87 Abs. 1 BGG ; BGE 141 I 36 E. 1.2.1). Als beim Verwaltungsgericht anfechtbare Akte des Regierungsrates nennt § 51 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Schwyz vom 6. Juni 1974 (VRP/SZ; SRSZ 234.110) Verfügungen, Entscheide und die in § 36 Abs. 1 Bst. b erwähnten Zwischenbescheide. Gegen Erlasse des Regierungsrates sieht der Kanton Schwyz kein innerkantonales Rechtsmittel vor ( BGE 143 I 426 E. 1.2). Die streitbetroffene regierungsrätliche Verordnung ist offensichtlich ein generell-abstrakter, rechtsetzender Erlass und nicht eine Verfügung oder ein Entscheid im Sinne von § 51 lit. a VRP /SZ. Das scheint auch der Beschwerdeführer so zu sehen, wenn er dem Regierungsrat vorwirft, er habe sich mit dem Erlass der Verordnung unzulässigerweise als Gesetzgeber aufgespielt. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss VRP/SZ ist damit unzulässig.

#### **E. 1.2**

Daran ändert auch § 66 der Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 (KV/SZ; SRSZ 100.100) nichts, wonach das Verwaltungsgericht die oberste richterliche Behörde des Kantons in Verwaltungssachen ist und für Anordnungen, die im Verwaltungsverfahren ergangen sind, das Gesetz mindestens eine Überprüfung durch eine unabhängige Beschwerdeinstanz gewährleistet. Wie der Beschwerdeführer selber vorbringt, will diese Bestimmung die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV auf kantonaler Ebene verankern. Die Rechtsweggarantie gewährleistet jedoch lediglich eine gerichtliche Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten, d.h. von Streitigkeiten, die im Zusammenhang mit einer individuellen, schützenswerten Rechtsposition stehen ( BGE 144 I 181 E. 5.3.2.1 ; 143 I 336 E. 4.1; 140 II 315 E. 4.4); nicht verlangt wird eine abstrakte Normenkontrolle (Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, 523; GIOVANNI BIAGGINI, BV-Kommentar, 2007, Art. 29a N. 4; ALAIN GRIFFEL, Rechtsschutz, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, 2020, Bd. II, S. 1073 ff., 1081 Rz. 20; ANDREAS KLEY, in: St. Galler BV Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 29a N. 12). Dafür spricht auch der in § 66 KV/SZ verwendete Begriff "Anordnungen", der sich nach allgemeinem Wortverständnis auf Anordnungen im Einzelfall und nicht auf Erlasse bezieht. Zulässig und durch Art. 29a BV sowie § 66 KV/SZ gewährleistet ist eine inzidente Normenkontrolle in einem konkreten

Anwendungsfall; ein solcher liegt indessen hier nicht vor.

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer beruft sich auf § 53b des Wahl- und Abstimmungsgesetzes des Kantons Schwyz vom 15. Oktober 1970 (WAG/SZ; SRSZ 120.100) und bringt vor, aufgrund dieser Bestimmung hätte das Verwaltungsgericht auf seine Rüge, die Gewaltenteilung sei verletzt, eintreten müssen. Gemäss § 1 WAG /SZ ist dieses Gesetz bei allen dem Volk zustehenden Wahlen und Abstimmungen anwendbar. § 53b Abs. 1 lit. a-c WAG /SZ sehen eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht vor im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen der Bezirke, Gemeinden und Zweckverbände und kommen vorliegend von vornherein nicht zum Tragen. Gemäss lit. d können "Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Ergebnisse von kantonalen Sachabstimmungen des Volkes" mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht gerügt werden. Die angefochtene Verordnung unterstand indessen nicht der Volksabstimmung. Der Beschwerdeführer rügt, dass der Regierungsrat nicht zuständig gewesen sei zum Erlass dieser Verordnung. Das ist weder eine Unregelmässigkeit bei der Vorbereitung noch ein Ergebnis einer Sachabstimmung, sondern gegebenenfalls ein inhaltlicher Mangel der Verordnung und ist mit Beschwerde gegen die Verordnung als solche anzufechten (vgl. für das Verfahren vor Bundesgericht BGE 131 I 291 E. 1.1), was im Kanton Schwyz, wie dargelegt (E. 1.1), nicht möglich ist.

### **E. 1.4**

Das Verwaltungsgericht ist daher zu Recht auf die Beschwerde nicht eingetreten. Es war damit nicht zuständig für eine inhaltliche Überprüfung der Verordnung und konnte und durfte sich nicht mit den vom Beschwerdeführer erhobenen Rügen auseinandersetzen. Es liegt entgegen dem Beschwerdeführer keine Gehörsverletzung darin, dass es dies nicht getan hat.

## **E. 2**

Sie legt die Zuständigkeiten fest und regelt den Vollzug.

### **E. 2.1**

Ist gegen einen kantonalen Erlass keine Beschwerde an ein kantonales Gericht zulässig, so kann innert 30 Tagen nach der nach dem kantonalen Recht massgebenden Veröffentlichung direkt gegen den Erlass Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht erhoben werden ( Art. 82 lit. b, Art. 87 Abs. 1 und Art. 101 BGG ). Die Frist ist auch eingehalten, wenn die Eingabe rechtzeitig bei einer unzuständigen eidgenössischen oder kantonalen Behörde eingereicht worden ist ( Art. 48 Abs. 3 Satz 1 BGG ). Die Beschwerde gegen die Verordnung vom 14. Oktober 2020 wurde rechtzeitig am 5. November 2020 beim unzuständigen (vorne E. 1) Verwaltungsgericht eingereicht und von diesem richtigerweise dem Bundesgericht übermittelt ( Art. 48 Abs. 3 Satz 2 BGG ). Die Beschwerde gegen die Verordnung ist zulässig.

### **E. 2.2**

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). Der Beschwerdeführer ist als Einwohner des Kantons Schwyz von der angefochtenen Verordnung grundsätzlich berührt. Das schutzwürdige Interesse (Art. 89 Abs. 1 lit. c)

besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn der Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine 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. 2.3.1**

Die angefochtene Verordnung wurde seit ihrem Erlass mehrmals geändert (vorne lit. C und F). Die aktuell geltende Fassung der Verordnung lautet (abgesehen vom Ingress und § 7 [Inkrafttreten]) wie folgt:

#### **I. Allgemeines**

##### **§ 1 Gegenstand und Zweck**

1 Diese Verordnung ordnet ergänzende Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie an.

### **E. 2.3.2**

Anfechtungsobjekt vor Bundesgericht ist die Verordnung in der Fassung im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung. Die danach erlassenen Bestimmungen - namentlich die im III. Haupttitel geregelten Zuständigkeiten - hätten selbständig beim Bundesgericht angefochten werden müssen, was nicht geschehen ist. Auf sie ist deshalb nicht näher einzugehen. Was die im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung geltenden Massnahmen (Maskenpflicht; Schutzkonzept; Einschränkung von Veranstaltungen) betrifft, sind diese in der aktuellen Fassung der Verordnung nicht mehr enthalten. § 4 der Verordnung enthält selber keine Massnahmen, sondern verweist nur auf die Vorgaben des Bildungsdepartements. Das aktuelle Rechtsschutzinteresse ist somit, wenn überhaupt, sehr begrenzt. Die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Grundsatzfrage, ob die Kantonsregierung befugt ist, zur Bekämpfung von Epidemien Verordnungen zu erlassen, mit denen in Grundrechte eingegriffen wird, könnte sich aber mit erheblicher Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft 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, unter Vorbehalt des Folgenden:

### **E. 2.4**

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 m.H.). Auf andere Aspekte geht es nicht ein, selbst wenn sie allenfalls verfassungsrechtlich problematisch sein könnten.

#### **E. 2.4.1**

Vorliegend rügt der Beschwerdeführer in hinreichender Weise, der Regierungsrat sei nicht zuständig zum Erlass der angefochtenen Verordnung, da diese in verfassungsmässige Grundrechte (persönliche Freiheit, Versammlungsfreiheit) eingreife. Dies ist im Folgenden zu prüfen (hinten E. 3).

#### **E. 2.4.2**

Hinsichtlich des

Inhalts der Verordnung bringt der Beschwerdeführer nur vor, es bestehe die Gefahr, dass die angeordnete Maskenpflicht gesundheitliche Schäden verursache; diese Risiken würden an der öffentlichen Verhandlung dargelegt, deren Durchführung der Beschwerdeführer beantragt. Damit genügt er seiner Begründungs- und Rügepflicht nicht: Die Beschwerdebegründung ist innert der gesetzlichen Beschwerdefrist in der Beschwerdeschrift selber darzulegen ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ). Der Hinweis, die Begründung werde an einer öffentlichen Verhandlung erfolgen, reicht nicht aus, zumal das Bundesgericht eine mündliche Parteiverhandlung ( Art. 57 BGG ), die alsdann öffentlich wäre ( Art. 59 Abs. 1 BGG ), nur ausnahmsweise und auf besonders zu begründenden Antrag hin durchführt (Urteile 6B\_147/2017 vom 18. Mai 2017 E. 1.2; 5A\_880/2011 vom 20. Februar 2012 E. 1.5; 2C\_844/2009 vom 22. November 2010 E. 3.2.3, nicht publ. in BGE 137 II 40 ). Vorliegend besteht kein Anlass, eine solche Verhandlung durchzuführen, um dem Beschwerdeführer Gelegenheit zu geben, eine in der Beschwerdeschrift nicht enthaltene Begründung nachzuliefern. Sodann fällt das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle grundsätzlich nicht in den Geltungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ( BGE 132 V 299 E. 4.3.1), der eine öffentliche Verhandlung vorschreibt. Hinzu kommt, dass die einzelnen in den verschiedenen Fassungen der Verordnung enthaltenen Massnahmen inzwischen weitestgehend aufgehoben wurden und nicht feststeht, dass der Regierungsrat in Zukunft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit wieder gleiche oder ähnliche Massnahmen anordnen wird, so dass sich eine Überprüfung nicht aufdrängt (vorne E. 2.2 in fine). Es ist daher auf die einzelnen Massnahmen nur insoweit einzugehen, als dies erforderlich ist, um die Zuständigkeitsfrage zu prüfen.

#### **E. 2.5**

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). Der Beschwerdeführer beantragt ein Gutachten über die gesundheitlichen Folgen der Maskenpflicht. Dieser Antrag erübrigt sich, da die Maskenpflicht materiell nicht zu prüfen ist (vorne E. 2.4.2). Auch weitere Beweismassnahmen drängen sich nicht auf, da sich in Bezug auf die Zuständigkeitsthematik einzig Rechtsfragen stellen.

### **E. 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.

Gemäss Art. 2 der Covid-19-Verordnung besondere Lage behalten die Kantone ihre Zuständigkeiten, soweit diese Verordnung nichts anders bestimmt; nach Art. 8 der Verordnung trifft "der Kanton" zusätzliche Massnahmen nach Art. 40 EpG .

Wie der Beschwerdeführer mit Recht vorbringt, legt Art. 40 EpG nicht selber fest, welche Behörde innerkantonale zuständig ist, um die darin genannten Massnahmen zu treffen, ebenso wenig Art. 2 und 8 der Covid-19-Verordnung besondere Lage. Namentlich wird im Unterschied zu anderen bundesgesetzlichen Regelungen (vgl. z.B. Art. 72 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [Steuerharmonisierungsgesetz; StHG; SR 642.14] und dazu [für den Kanton Schwyz] BGE 131 I 291 E. 2.6) nicht direkt die kantonale Regierung dazu ermächtigt. Die innerkantonale Zuständigkeit hängt vielmehr vom kantonalen Recht ab (vgl. Urteil 1C\_169/2020 vom 22. Dezember 2020 E. 2.3 und 2.5).

### **E. 3.1**

Mit der Rüge, die Verordnung sei kompetenzwidrig erlassen worden, beruft sich der Beschwerdeführer auf den Grundsatz der Gewaltenteilung.

#### **E. 3.1.1**

Das Bundesgericht hat seit jeher das sämtlichen Kantonsverfassungen zugrunde liegende Prinzip der Gewaltenteilung, das in Art. 51 Abs. 1 BV vorausgesetzt wird, als verfassungsmässiges Recht im Sinne von Art. 95 lit. c BGG anerkannt ( BGE 145 V 380 E. 6.3 ; 138 I 196 E. 4.1 ; 126 I 180 E. 2a/aa). Es schützt die Einhaltung der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung. Sein Inhalt ergibt sich in erster Linie aus dem kantonalen Recht ( BGE 145 I 259 E. 4.2 ; 142 I 26 E. 3.3 ; 130 I 1 E. 3.1 ; 128 I 327 E. 2.1, je mit Hinweisen), wobei das Bundesgericht die Auslegung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen frei, jene des Gesetzesrechts dagegen lediglich auf Willkür hin prüft ( BGE 127 I 60 E. 2a; Urteil 2C\_234/2016 vom 24. Mai 2017 E. 3.2, nicht publ. in BGE 143 I 388 ). Gewaltenteilung bedeutet namentlich, dass Bestimmungen, die in einem Gesetz stehen müssen, nicht durch andere Organe erlassen werden dürfen, es sei denn aufgrund gültiger Gesetzesdelegation ( BGE 142 I 26 E. 3.3 ; 138 I 196 E. 4.1).

#### **E. 3.1.2**

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. 4.8-5) vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr. Für leichte Eingriffe reicht eine Grundlage im kompetenzgemäss erlassenen Ordnungsrecht ( BGE 145 I 156 E. 4.1). Der Vorbehalt des formellen Gesetzes dient der demokratischen Legitimation der

Grundrechtseinschränkungen ( BGE 143 I 253 E. 6.1). Daneben verlangt das Legalitätsprinzip gemäss Art. 36 Abs. 1 BV im Interesse der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Rechtsanwendung eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Diese müssen so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können ( BGE 144 I 126 E. 6.1 ; 143 I 310 E. 3.3.1 ; 139 I 280 E. 5.1). 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 139 I 280 E. 5.1; Urteil 1C\_181/2019 vom 29. April 2020 E. 14.2, zur Publikation vorgesehen). 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 Gebot der Bestimmtheit rechtlicher Normen darf allerdings nicht absolut verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss ( BGE 143 I 310 E. 3.3.1). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab ( BGE 144 I 126 E. 6.1 ; 143 I 253 E. 6.1 ; 141 I 201 E. 4.1 ; 139 I 280 E. 5.1 ; 128 I 327 E. 4.2). Bei polizeilichen Massnahmen, die gegen schwer vorhersehbare Gefährdungen angeordnet werden und situativ den konkreten Verhältnissen anzupassen sind, müssen der Natur der Sache nach Abstriche an der Genauigkeit der gesetzlichen Grundlage akzeptiert werden ( BGE 146 I 11 E. 3.1.2 ; 143 I 310 E. 3.3.1 ; 140 I 381 E. 4.4). Bei unbestimmten Normen kommt dafür dem Verhältnismässigkeitsprinzip besondere Bedeutung zu: Wo die Unbestimmtheit von Rechtssätzen zu einem Verlust an Rechtssicherheit führt, muss die Verhältnismässigkeit umso strenger geprüft werden ( BGE 143 I 310 E. 3.3.1 ; 136 I 87 E. 3.1 ; 128 I 327 E. 4.2).

### **E. 3.2**

Die in der angefochtenen Verordnung (ursprünglich) enthaltenen Massnahmen stellen zumindest teilweise schwere Grundrechtseinschränkungen dar. Namentlich ist das generelle Verbot für Veranstaltungen von mehr als zehn bzw. dreissig Personen (§ 5 der Verordnung in der Fassung vom 25. Oktober 2020 und 30. Oktober 2020) ein schwerer Eingriff in die Versammlungsfreiheit ( Art. 22 BV ; 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.

### **E. 3.3**

Die angefochtene Verordnung stützt sich gemäss ihrem Ingress auf Art. 40 EpG sowie Art. 2 und 8 der Covid-19-Verordnung besondere Lage. Auch in seiner Vernehmlassung beruft sich der Regierungsrat auf diese Grundlagen.

Art. 40 EpG lautet wie folgt:

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.

#### **E. 3.4**

Nach § 47 Abs. 1 KV/SZ ist der Kantonsrat die gesetzgebende und oberste aufsichtsführende Behörde des Kantons. Er beschliesst u.a. unter Vorbehalt der Rechte des Volkes über den Erlass, die Änderung und die Aufhebung von Gesetzen ( § 49 Abs. 1 lit. b KV/SZ ). Gemäss § 50 KV/SZ werden in der Form des Gesetzes alle wichtigen Rechtssätze erlassen, insbesondere diejenigen, die Rechte und Pflichten von natürlichen und juristischen Personen begründen (lit. a) oder Grundzüge der Organisation von Kanton, Bezirken oder Gemeinden festlegen (lit. b). Der Regierungsrat ist gemäss § 56 Abs. 1 KV die oberste leitende und vollziehende Behörde des Kantons. Er erlässt Verordnungen, soweit ihn das Gesetz dazu ermächtigt ( § 59 Abs. 1 KV/SZ ) sowie Vollzugsverordnungen ( § 59 Abs. 3 KV/SZ ). Diese Unterscheidung übernimmt offensichtlich die traditionelle Konzeption, wonach die Regierung gesetzesvertretende oder -ergänzende Verordnungen nur aufgrund einer Delegation im Gesetz, gesetzesvollziehende Verordnungen hingegen verfassungsunmittelbar erlassen kann (vgl. Verfassungskommission des Kantons Schwyz, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, 17. Dezember 2009, S. 91). Unter der Herrschaft der früheren Kantonsverfassung vom 23. Oktober 1898 hat das Bundesgericht erkannt, dass dem Schwyzer Regierungsrat darüber hinaus keine selbständige Verordnungskompetenz zukomme ( BGE 130 I 140 E. 3.6), allerdings eine solche ausnahmsweise bejaht, wenn dies notwendig ist, um im Sinne einer vorläufigen Regelung einen bundesrechtswidrigen Zustand zu beheben (a.a.O. E. 5.3; BGE 131 I 291 E. 2.5.3 und 2.6). Gemäss § 62 Abs. 1 der aktuellen KV/SZ kann der Regierungsrat zudem ohne gesetzliche Grundlage Verordnungen erlassen oder Massnahmen ergreifen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schwerwiegenden Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie sozialen Notständen zu begegnen. Gemäss Abs. 2 müssen Notverordnungen unverzüglich dem Kantonsrat zur Genehmigung unterbreitet werden. Sie fallen nach Ablauf eines Jahres dahin, wenn sie nicht ins ordentliche Recht überführt werden.

#### **E. 3.5**

In seiner Vernehmlassung zur Beschwerde beruft sich der Regierungsrat nicht auf die Notverordnungskompetenz gemäss § 62 KV/SZ . Er macht auch nicht geltend, er habe die Verordnung "unverzüglich" dem Kantonsrat zur Genehmigung unterbreitet, wie es diese Bestimmung verlangen würde. Es erübrigt sich daher, Voraussetzungen und allfällige Schranken dieser Notverordnungskompetenz näher zu prüfen. Der Regierungsrat beruft sich hingegen auf § 59 Abs. 3 KV/SZ sowie § 1 Abs. 3 der kantonalen Vollziehungsverordnung vom 23. Januar 1984 zum Epidemiengesetz und zum Tuberkulosegesetz (SRSZ 571.211), wonach der Regierungsrat Massnahmen zur Verhütung und Weiterverbreitung

übertragbarer Krankheiten anordnen kann. Diese Verordnung ist allerdings kein Gesetz im formellen Sinne und kann selber keine gültige Delegationsnorm im Sinne von § 59 Abs. 1 KV/SZ darstellen. Hingegen kann der Regierungsrat die Verordnung erlassen, soweit sie sich als Vollzugsverordnung qualifizieren lässt. Als Grundlage dafür kommt § 59 Abs. 3 KV in Frage. Es scheint durchaus denkbar, dass diese Kompetenz nicht nur für den Vollzug von kantonalen, sondern auch von Bundesgesetzen gilt (vgl. zum luzernischen Recht HANSJÖRG SEILER, in: Richli/Wicki [Hrsg.], Kommentar der Kantonsverfassung Luzern, 2010, § 56 N. 13 und 22). Jedenfalls kann aber der Regierungsrat gemäss § 4 Abs. 2 lit. i des schwyzerischen Gesundheitsgesetzes vom 16. Oktober 2002 (GesG/SZ; SRSZ 571.110) nähere Bestimmungen erlassen über den Vollzug des Epidemiengesetzes. Der Regierungsrat war somit zum Erlass der Verordnung zuständig, wenn sich diese als Vollzugsverordnung zum EpG qualifizieren lässt.

### **E. 3.6**

Im schweizerischen System obliegt der Gesetzesvollzug auch in denjenigen Bereichen, in denen der Bund für die Gesetzgebung zuständig ist, grundsätzlich den Kantonen ( Art. 46 Abs. 1 BV ). Die kantonalen Vollzugsbehörden wenden unmittelbar das Bundesrecht an, ohne dass es einer inhaltlichen Umsetzungsgesetzgebung auf kantonaler Ebene bedarf. Das gilt auch dann, wenn das Bundesrecht unbestimmte Rechtsbegriffe oder konkretisierungsbedürftige Regelungen enthält, die den Vollzugsbehörden einen gewissen Spielraum gewähren. Anders verhält es sich, wenn das Bundesrecht den Kantonen einen blossen Gesetzgebungsauftrag erteilt. In diesem Fall ist das Bundesrecht nicht unmittelbar anwendbar und kann auch nicht direkt die Grundlage für Grundrechtseinschränkungen darstellen, sondern es bedarf dafür einer zusätzlichen kantonalen Rechtsetzung ( BGE 143 II 476 E. 3.2 und 3.3 ; 142 I 177 E. 4.2 ; 125 I 449 E. 3b/bb), die gegebenenfalls auf formellgesetzlicher Ebene erfolgen muss. Zu prüfen ist somit, ob Art. 40 EpG selber eine genügende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV darstellt oder bloss einen Gesetzgebungsauftrag an die Kantone, der - soweit er zu Grundrechtseinschränkungen führt - einer formell-gesetzlichen kantonalrechtlichen Grundlage bedürfte.

#### **E. 3.6.1**

Das EpG stützt sich u.a. auf Art. 118 Abs. 2 lit. b BV , welcher dem Bund eine umfassende, nachträglich derogatorische Zuständigkeit für die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren überträgt ( BGE 139 I 242 E. 3.1 ; 133 I 110 E. 4.2). Das Gesetz enthält zahlreiche unmittelbar anwendbare Verhaltenspflichten. Des Weiteren sieht es Massnahmen vor, welche die Behörden anordnen können, wobei diese Massnahmen in der normalen Lage grundsätzlich durch die Kantone angeordnet werden, in der besonderen oder ausserordentlichen Lage auch durch den Bundesrat ( Art. 6 und 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] ). Die Botschaft zum EpG ist davon ausgegangen, dass das Bundesgesetz selber die erforderliche gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe schafft (BBl 2011 445).

#### **E. 3.6.2**

Unter die Massnahmen, die das Gesetz selber vorsieht, fallen zunächst die Massnahmen gegenüber einzelnen Personen (5. Kapitel 1. Abschnitt, Art. 30-39 EpG). Diese Bestimmungen sind unmittelbar anwendbar und bilden Rechtsgrundlage für die von den kantonalen Vollzugsbehörden zu treffenden individuell-konkreten Verfügungen. Einer kantonalen Ausführungsrechtsetzung bedarf es nicht (vgl. Urteil 2C\_395/2019 vom 8. Juni 2020 E. 2.1 und 2.2; vgl. bereits zu den Art. 11 ff. des [alten] Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen [aEpG; AS 1974 1071] BGE 131 II 670 E. 3.1; 118 Ib 473 E. 5a; 111 Ia 231 E. 5a sowie Urteil 2A.276/1989 vom 13. November 1992 E. 2c und 3).

### **E. 3.6.3**

Der 2. Abschnitt von Kapitel 5, der nur aus dem Art. 40 EpG besteht, betrifft demgegenüber "Massnahmen gegenüber der Bevölkerung und bestimmten Personengruppen". Die Bestimmung entspricht inhaltlich weitgehend Art. 21 aEpG. Aufgehoben wurde das in der alten Fassung enthaltene Verbot der Absperrung ganzer Ortschaften oder Landesteile (Art. 21 Abs. 3 aEpG; Botschaft EpG, BBl 2011 392). Art. 40 EpG wurde in den Räten ohne Diskussion angenommen (AB 2012 N 320; AB 2012 S 392). Die darin vorgesehenen Massnahmen richten sich im Unterschied zu denjenigen von Art. 31-39 EpG nicht an einzelne Personen, sondern an die ganze Bevölkerung oder bestimmte Bevölkerungsgruppen. Die Anordnung erfolgt deshalb in aller Regel nicht durch individuell-konkrete Verfügungen, sondern durch Allgemeinverfügungen oder - wie hier - durch generell-abstrakte Rechtssätze. Dieser Unterschied in Bezug auf die

Form der zu treffenden Massnahmen hat aber keinen Einfluss auf die Frage, ob Art. 40 EpG inhaltlich eine hinreichende formell-gesetzliche Grundlage darstellt. Soweit dies zu bejahen ist, bildet er die materiellrechtliche Grundlage für die von den Kantonen zu treffenden Massnahmen, unabhängig davon, in welcher Form diese Massnahmen ergehen. Ergehen sie in Form einer Verordnung, handelt es sich dabei um eine Vollziehungsverordnung, wozu im Kanton Schwyz der Regierungsrat aufgrund des Gesagten (vorne E. 3.5) zuständig ist. Einer zusätzlichen formell-gesetzlichen Grundlage auf kantonaler Ebene bedarf es in diesem Fall nicht (vgl. BGE 104 Ia 480 E. 3b zum analogen Fall des früheren Bundesgesetzes vom 13. Juni 1928 betreffend Massnahmen gegen die Tuberkulose [BS 4 363]).

### **E. 3.7**

Voraussetzung dafür ist, dass Art. 40 EpG im Sinne der dargelegten Grundsätze (vorne E. 3.1.2) hinreichend bestimmt ist, so dass die angefochtene Verordnung als Vollziehungsverordnung zulässig ist.

#### **E. 3.7.1**

Vollziehungsverordnungen haben den Gedanken des Gesetzgebers durch Aufstellung von Detailvorschriften näher auszuführen und auf diese Weise die Anwendbarkeit der Gesetze zu ermöglichen. Sie dürfen das auszuführende Gesetz - wie auch alle anderen Gesetze - weder aufheben noch abändern; sie müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dürfen dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen; sie dürfen dem Bürger keine neuen, nicht schon aus dem Gesetz folgenden Pflichten auferlegen, und zwar selbst dann nicht, wenn dies durch den Gesetzeszweck gedeckt wäre (BGE 142 V 26 E. 5.1; 139 II 460 E. 2.1 und 2.2; 124 I 127 E. 3b).

### **E. 3.7.2**

#### **Art. 40**

Abs. 1 EpG ist sehr unbestimmt formuliert. Die einzige Schranke liegt darin, dass die angeordneten Massnahmen dazu dienen müssen, die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern. Die in Art. 40

Abs. 2 EpG genannten Massnahmen sind nicht abschliessend. Das Bundesgericht hat daraus gefolgert, dass eine gemäss kantonalem Recht für den Vollzug des EpG zuständige Kantonsregierung auch weitere Massnahmen wie eine Verschiebung von kommunalen Wahlen anordnen kann (Urteil 1C\_169/2020 vom 22. Dezember 2020 E. 2.4.2 und 2.5). Ob diese formell-gesetzliche Grundlage für sich allein hinreichend bestimmt ist für beliebige Grundrechtseingriffe, kann vorliegend offen bleiben. Denn jedenfalls finden die in Art. 40 Abs. 2 lit. a-c EpG ausdrücklich genannten Massnahmen im formellen Gesetz eine hinreichend bestimmte Grundlage; zwar gewährt das Gesetz den anordnenden Behörden einen erheblichen Spielraum; es regelt nur die

Zielsetzung (die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern) und die

Rechtsfolge (Anordnung der genannten Massnahmen), nicht aber die

Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit solche Massnahmen angeordnet werden können. Angesichts der Natur der drohenden Gefahren und der fehlenden Vorhersehbarkeit der geeigneten Massnahmen ist ein gewisser Ermessensspielraum der vollziehenden Behörden im Bereich der Epidemienbekämpfung aber unvermeidlich und verfassungsrechtlich zulässig (vorne E. 3.1.2) : Bei neu auftretenden Infektionskrankheiten besteht typischerweise eine hohe Unsicherheit über Ursachen, Folgen und geeignete Bekämpfungsmassnahmen ( BGE 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).

### **E. 3.8**

Nach diesen Kriterien finden die in der angefochtenen Verordnung (ursprünglich) enthaltenen Massnahmen in Art. 40 EpG eine hinreichende formell-gesetzliche Grundlage:

#### **E. 3.8.1**

Das betrifft zunächst die Einschränkungen von Veranstaltungen (§ 5 der Verordnung in der Fassung vom 25. Oktober und 30. Oktober 2020), welche sich auf die ausdrückliche Regelung in Art. 40 Abs. 2 lit. a EpG stützen können (vgl. BGE 131 II 670 E. 3 zu Art. 10 aEpG). Es gilt aber auch für die vom Beschwerdeführer kritisierte Maskenpflicht an Veranstaltungen oder in Betrieben: Wenn Veranstaltungen verboten oder eingeschränkt ( Art. 40 Abs. 2 lit. a EpG ) und Schulen, öffentliche Institutionen und private Unternehmen geschlossen werden können ( Art. 40 Abs. 2 lit. b EpG ), dann ist es e maiore minus auch zulässig, diese Veranstaltungen oder Institutionen nicht zu schliessen, sondern offen zu lassen unter der Voraussetzung, dass bestimmte Sicherheitsmassnahmen getroffen werden: Der Grundrechtseingriff wiegt weniger schwer als das vollständige Verbot oder die

vollständige Schliessung und dient demselben Zweck. Dasselbe gilt auch für die in § 5 der Verordnung (ursprüngliche Fassung) enthaltenen Anforderungen an ein Schutzkonzept. Die unausweichliche Unbestimmtheit der formell-gesetzlichen Grundlage muss kompensiert werden durch erhöhte Anforderungen an die Verhältnismässigkeitsprüfung (vorne E. 3.1.2). Nachdem der Beschwerdeführer diesbezüglich jedoch keine substantiierten Rügen vorbringt, erübrigt es sich, die Massnahmen im Einzelnen auf ihre Verhältnismässigkeit hin zu überprüfen (vorne E. 2.4.2).

### **E. 3.8.2**

§ 4 der Verordnung (aktuelle Fassung) verweist auf die Vorgaben des Bildungsdepartements. Es ist fraglich, ob darin überhaupt eine Ermächtigung des Bildungsdepartements zu erblicken ist oder ob die Bestimmung nicht bloss rein deklaratorisch auf Vorgaben hinweist, die das Bildungsdepartement aufgrund anderer Gesetze für die Schulen macht. Jedenfalls enthält § 4 selber keine materiellen Regelungen und schon gar nicht Regelungen, die der Gesetzesform bedürften.

### **E. 3.8.3**

Auch die in § 6 der angefochtenen Verordnung enthaltene Strafbestimmung ist unter dem Aspekt der Gewaltenteilung und der gesetzlichen Grundlage nicht zu beanstanden: Gemäss dieser Vorschrift können Widerhandlungen gegen die Vorschriften dieser Verordnung gemäss Art. 83 Abs. 1 Bst. j und Abs. 2 EpG strafrechtlich geahndet werden.

Art. 83 Abs. 1 lit. j und Abs. 2 EpG lauten:

1 Mit Busse wird bestraft, wer vorsätzlich:

j. sich Massnahmen gegenüber der Bevölkerung widersetzt (Art. 40);

2 Wer fahrlässig handelt, wird für Übertretungen nach Absatz 1 mit Busse bis zu 5000 Franken bestraft.

Offensichtlich beabsichtigt die Verordnung nicht, eigene kantonrechtliche Strafbestimmungen zu erlassen, sondern rein deklaratorisch auf die ohnehin geltenden bundesrechtlichen Strafbestimmungen hinzuweisen. Indem Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG auf Art. 40 EpG verweist, welcher seinerseits die kantonalen Behörden zu Massnahmen ermächtigt, ist auch die bundesrechtliche Strafbestimmung unmittelbar bei Zuwiderhandlungen gegen solche Massnahmen anwendbar; sie wäre es auch ohne § 6 der angefochtenen Verordnung.

### **E. 3.9**

Insgesamt können die Bestimmungen der angefochtenen Verordnung als zulässiger Gegenstand von Vollzugsverordnungen betrachtet werden, zu deren Erlass der Regierungsrat zuständig ist. Die inhaltliche Rechtmässigkeit der einzelnen angeordneten Massnahmen ist nicht zu prüfen (vorne E. 2.4.2). Die Beschwerde gegen die Verordnung ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

### **E. 4**

Die Gerichtskosten sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der Beschwerdeführer unterliegt sowohl mit seiner Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts (vorne E. 1) als auch mit derjenigen gegen die Verordnung (vorne E. 2 und E. 3). Er trägt daher die Kosten.

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