

BS_APPELLATIONSGERICHT VG.2021.4 vom 5. August 2022

BS Appellationsgericht, 2022-08-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VG.2021.4

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VG.2021.4 du 5 août 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VG.2021.4 del 5 agosto 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 30a Abs. 1 lit. b und § 30e Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) kann beim Appellationsgericht als Verfassungsgericht Beschwerde gegen kantonale Verordnungen geführt werden (abstrakte Normenkontrolle; vgl. Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 519). Daraus folgt die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Verfassungsgerichts als Kammer (§ 91 Abs. 1 Ziff. 5 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]) für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.2 Angefochten sind die Bestimmungen in der vom Regierungsrat beschlossenen Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen in der Fassung vom 22. November 2021 über die Maskentragpflicht in Schulen und Tagesstrukturen und deren Strafbewehrung (§§ 2 und 5), wobei die Beschwerde darauf fokussiert, dass die Maskenpflicht aufgrund der Ausnahme in § 2 Abs. 1 lit. b nur ungeimpfte und nichtgenesene Personen betrifft. Im Verfahren der Verfassungsbeschwerde gilt dabei wie für den Rekurs ans Verwaltungsgericht das Rügeprinzip (§ 30b VRPG; VGE VG.2021.5 vom 17. Februar 2022 E. 3.3.2, VG.2020.12 vom 21. Mai 2021 E. 1.3, VG.2012.2 vom 17. Juni 2013 E. 1.3; VD.2010.180 vom 24. November 2010 E. 5; Stamm, a.a.O., S. 504). Das Gericht prüft eine angefochtene Verordnung gestützt auf die Begründungsobliegenheit gemäss § 16 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 30b VRPG nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen. Die Beschwerde führende Person hat ihren Standpunkt substantiiert vorzutragen und sich mit dem angefochtenen Erlass im Einzelnen auseinanderzusetzen (Wullschlegler/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 305; Stamm, a.a.O., 504; VGE VG.2020.12 vom 21. Mai 2021 E. 1.3, VG.2020.7 vom 31. März 2021 E. 1.2). Dazu gehört auch die Benennung der als verletzt gerügten Verfassungsbestimmungen (vgl. zur analogen Praxis zu Art. 116 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG, SR 173.110] Biaggini, in: Basler Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 116 BGG N 3).

E. 1.3

1.3.1 Die Beschwerdebefugnis kommt nach § 30f lit. a VRPG jeder Person zu, auf die der angefochtene Erlass künftig einmal angewendet werden könnte (siehe auch Stamm, a.a.O., S. 519). Vorausgesetzt wird somit eine virtuelle Betroffenheit, wie sie auch zur Anfechtung von Erlassen mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht verlangt wird (Art. 89 Abs. 1 lit. b und c BGG). Virtuelles Berührtsein verlangt, dass die Beschwerde führende Person von der angefochtenen Regelung früher oder später einmal mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit unmittelbar betroffen ist (vgl.

VGEVG.2018.2 vom 16. April 2018 E. 1.2; für das Bundesrecht BGE 138 I 435 E. 1.6 S. 445, 137 I 77 E. 1.4 S. 81, 136 I 17 E. 2.1 S. 21). Die Beschwerde führende Person muss aber persönliche Interessen vertreten; eine Rechtsmittelerhebung zur Vertretung von Interessen der Allgemeinheit oder von Dritten ist nicht zulässig (BGE 136 I 49 S. 54 E. 2.1; VGE VG.2020.5 vom 18. November 2020 E. 1.2.2).

Die Beschwerdeführerin 1 unterrichtet an der Sekundarschule. Sie ist daher von der angefochtenen Regelung betroffen. Da nach dem auch auf Verfassungsbeschwerden anwendbaren kantonalen Verwaltungsprozessrecht (vgl. § 30b VRPG) bei einer Mehrheit von Beschwerdeführenden für das Eintreten auf eine Beschwerde praxisgemäss die Legitimation mindestens einer Beschwerde führenden Person genügt, kann die Beschwerdebefugnis ihrer als Beschwerdeführende 2 und 3 auftretenden Kinder offengelassen werden (dazu VGE VG.2021.1 vom 9. November 2021 E. 1.3.4, mit Hinweis auf VGE VD.2016.218 vom 25. September 2017 E. 1.3.2.5, mit Hinweis auf VGE VD.2015.224 vom 7. September 2016 E. 2.2, VD.2015.109 vom 18. März 2016 E. 1.3, VD.2013.22 vom 12. August 2013 E. 1.4.2; Wullschleger/Schröder, a.a.O., S. 291; vgl. BGer 1A.246/2005 vom 31. März 2006 E. 1.1).

1.3.2 Die Erleichterung der Legitimationsvoraussetzungen für Rechtsmittel, die auf eine abstrakte Normenkontrolle abzielen, bezieht sich lediglich auf die Betroffenheit durch den Inhalt des angefochtenen Erlasses. Ein aktuelles Interesse ist dagegen insoweit erforderlich, als ein geeignetes Anfechtungsobjekt vorzuliegen hat, dessen Aufhebung der Beschwerde führenden Person den angestrebten Nutzen bringen muss. Dies bedeutet auch, dass der Erlass im Zeitpunkt des Entscheids noch bestehen muss (VGEVG.2020.7 vom 31. März 2021 E. 1.3.3, VG.2020.5 vom 18. November 2020 E. 1.2.2; VGer ZH AN.2015.00007 vom 28. Januar 2016 E. 2.2 sowie Bertschi, in: Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich 2014, § 21 N. 33). Das Gericht hat bei einer abstrakten Normenkontrolle auch einer nachträglichen Änderung der Rechtslage Rechnung zu tragen und insbesondere neu in Kraft getretenes, übergeordnetes Recht mit zu berücksichtigen (BGE 136 I 49 E. 3.3 S. 56, 120 Ia 286 E. 2c/bb S. 291, 119 Ia 460 E. 4d S. 473). Das kann aber nicht unbeschränkt gelten, sondern setzt einen engen Zusammenhang vor allem in sachlicher und zeitlicher Hinsicht voraus (VGEVG.2020.7 vom 31. März 2021 E. 1.3.3, VG.2020.5 vom 18. November 2020 E. 1.2.2).

Die streitgegenständliche Maskentragpflicht in den Schulen gemäss § 2 der genannten Verordnung wurde vom Regierungsrat mit Beschluss vom 16. Februar 2022 mit Wirkung per 17. Februar 2022 aufgehoben. Aktuell besteht daher keine solche Tragepflicht an Schulen mehr. Bereits mit Beschluss vom 2. Dezember 2021 hob der Regierungsrat die Ausnahme von der Maskentragpflicht gemäss § 2 Abs. 2 lit b für Personen, die über ein gültiges Covid-19-Zertifikat für Geimpfte oder Genesene verfügen, auf. Insoweit ist das aktuelle Rechtsschutzinteresse für die Anfechtung der strittigen Bestimmung weggefallen (VGEVG.2020.5 vom 18. November 2020 E. 1.2.3). Vom Erfordernis der Aktualität des Interesses kann aber abgesehen werden, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine richterliche Prüfung stattfinden könnte (BGE 138 II 42 E. 1.3 S. 45, 136 II 101 E. 1.1 S. 103; BGer 6B_729/2018 vom 26. September 2018 E. 1.2; vgl. auch Stamm, a.a.O., S. 500). Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich Covid-19 in naher Zukunft wieder dynamischer verbreiten wird, kann auch die Wiedereinführung der Maskenpflicht an Bildungseinrichtungen wieder im Raum stehen

(VGE VG.2021.1 vom 9. November 2021 E. 1.3.4). Dies gilt auch für die bloss rund 10 Tage in Kraft gestandene und aufgrund des Auftretens der heute noch vorherrschenden sogenannten Omikron-Variante von Covid-19 aufgehobene Differenzierung der Maskentragpflicht gemäss § 2 Abs. 2 lit. b der angefochtenen Verordnung (vgl. Medienmitteilung des Erziehungsdepartements vom

E. 3

Dezember 2021 [<https://www.coronavirus.bs.ch/nm/2021-basler-schulen-befreiung-von-maskentragpflicht-nicht-mehr-moeglich-ed.html>]). Daher kann vorliegend vom Erfordernis der Aktualität des Rechtsschutzinteresses abgesehen werden.

1.3.3 Auf die rechtzeitig angemeldete und begründete Beschwerde ist daher zumindest insoweit einzutreten.

1.3.4 Das Verfassungsgericht hebt im Fall der Gutheissung einer Beschwerde gegen einen Erlass diesen ganz oder teilweise auf (§ 30i Abs. 1 VRPG) bzw. stellt bei Wegfall des aktuellen Rechtsschutzinteresses nach zwischenzeitlicher Aufhebung des Erlasses die Rechtswidrigkeit des Erlasses fest. Beides setzt jedoch voraus, dass einer angefochtenen Norm nach anerkannten Auslegungsregeln kein Sinn zugemessen werden kann, der mit den angerufenen Verfassungs- oder EMRK-Garantien vereinbar ist. Die angefochtene Norm muss sich in diesem Sinn jeglicher verfassungs- und konventionskonformen Auslegung entziehen (VGE VG.2021.2 vom 22. Oktober 2021 E. 1.3, mit Hinweis auf BGE 140 I 2 E. 4 S. 14).

2.

2.1 Das Appellationsgericht beurteilt als Verfassungsgericht Beschwerden wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung und der Kantonsverfassung (§ 116 Abs. 1 lit. a der Verfassung des Kantons Basel-Stadt [KV, SG 111.100]). Diese verfassungsrechtliche Beschränkung der Rüge auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt aufgrund der Normhierarchie auch für die Anfechtung von Erlassen gemäss § 30e ff. VRPG (BGer 1C_63/2018 vom 28. September 2018 E. 1.4). Die Beschwerdegründe der kantonalen Verfassungsbeschwerde gegen Verordnungen gemäss § 116 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Abs. 2 lit. a und b (e contrario) KV entsprechen daher jenen der subsidiären Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht (Art. 116 BGG). Der Begriff der verfassungsmässigen Rechte wird dabei weder verfassungs- noch gesetzesrechtlich konkretisiert. Zu den verfassungsmässigen Rechten zählen neben den Grundrechten die objektiven Verfassungsnormen rechtsstaatlicher und bundesstaatlicher Natur, soweit sie eine individualrechtliche Komponente aufweisen. Dies gilt etwa für den Grundsatz der Gewaltenteilung oder des Vorrangs des Bundesrechts, nicht aber für die Verfassungsgrundsätze gemäss Art.

E. 5

5.1 Ein Erlass verletzt das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV, wenn er hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die kein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, wenn also Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist,

kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Verhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Gestaltungsspielraum (BGE 142 V 577 E. 4.2 S. 579 f., 142 II 425 E. 4.2 S. 427, 136 I 1 E. 4.1 S. 5 f.). In Konstellationen, in denen sowohl eine Gleichbehandlung als auch eine Ungleichbehandlung sachlich begründet werden kann, lässt Art. 8 Abs. 1 BV dem Gesetzgeber die Wahl zwischen einer Gleichbehandlung und einer Ungleichbehandlung (vgl. Waldmann, in: Basler Kommentar, 2015, Art. 8 BV N 30; VGE VG.2021.2 vom 22. Oktober 2021 E. 2.1).

5.2 Mit ihrer Beschwerde bestreiten die Beschwerdeführenden in diesem Zusammenhang, dass von einer geimpften oder genesenen, nicht getesteten Person ein geringeres Ansteckungsrisiko als von einer ungeimpften oder nicht respektive seit längerem genesenen oder geimpften, aber getesteten Person ausgehe. Auch geimpfte oder getestete Personen könnten das Virus in sich tragen und weiterverbreiten. Selbst wenn geimpfte oder genesene Personen statistisch gesehen weniger häufig oder «vielleicht nur ein Fünftel so oft ansteckend» wären, würde durch einen PCR-Test der Nachweis erbracht, dass zurzeit keine Viruslast bestehe. Gemäss der weitaus herrschenden Meinung würde ein Corona-Test als zuverlässig erachtet und ein negatives Ergebnis belegen, dass von der getesteten Person mangels Virenlast keine Ansteckungsgefahr ausgehe. Es entbehre jedweder Logik, eine Person zum Tragen einer Maske zu verpflichten, die «direkt vor Einlass in eine Einrichtung» einen Corona-Test gemacht habe, geimpfte oder genesene Personen, die seit Monaten keinen Test mehr gemacht hätten, aber davon auszunehmen. Eine getestete Person sei daher den Personen gleichzusetzen, bei denen eine geringe Viruslast nur vermutet werde. Eine 2G-Regelung sei somit nie gerechtfertigt. Es fehle an repräsentativen Studien, welche eine «2G-Regelung» zu begründen vermöchten. Weiter rügen sie, dass der Besitz eines Covid-19-Zertifikats für Geimpfte oder Genesene ein untaugliches Anknüpfungskriterium sei, da die Zertifikatspflicht erst ab 16 Jahren gelte und viele genesene Jugendliche kein Zertifikat besässen.

5.3 Dem hält der Regierungsrat unter Verweis auf den Policy Brief der Swiss National Covid-19 Science Task Force vom 17. November 2021 (act. 6/3) entgegen, dass Geimpfte und Genesene einer Covid-19-Erkrankung ein deutlich geringeres Risiko hätten, sich mit Sars-Cov-2 zu infizieren und es weiter zu übertragen. Da es beim Maskentragen sowohl um den Schutz von sich selbst wie auch der Mitmenschen gehe, sei die Ungleichbehandlung deshalb gerechtfertigt. Zudem könnte eine 3G-Regel an der Schule logistisch kaum konsequent durchgeführt werden, müssten sich doch unzählige Schülerinnen, Schüler sowie Lehrerinnen und Lehrer mehrmals wöchentlich testen lassen, was die ohnehin schon am Limit laufenden Testzentren zusätzlich in Bedrängnis bringen und hohe, vom Staat zu tragende Kosten verursachen würde. Es handle sich bei der Ungleichbehandlung auch nicht um eine Bestrafung, sondern vielmehr um eine «**■**Rückversetzung**■** in den Normalzustand». Weiter könnten auch Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren ein Zertifikat erhalten, wenn sie dies möchten. Zudem könnten Personen ohne Zertifikat im Rahmen einer teleologischen Auslegung der Gesetzesbestimmung sich auch auf eine gleichwertige Bescheinigung abstützen.

5.4 Im Zeitpunkt des angefochtenen Beschlusses vom 22. November 2021 war die sogenannte Delta-Variante von Covid-19 die dominante Variante in der Schweiz. Sie verursachte schwerere Verläufe als die zuvor in der Schweiz dominierenden Virusstämme. Seit Ende Oktober 2021 lag der geschätzte R-Wert als schweizweite Reproduktionszahl der

Ansteckungen bei 1,33 und die Fallzahlen wie auch die Belegung der Intensivstationen mit Covid-19-Patienten stiegen wieder signifikant. Dabei war der Anstieg in den Altersgruppen der 0-9 und der 10-19 Jährigen mit 65 % resp. 43 % pro Woche am höchsten (vgl. Swiss National Covid-19 Science Task Force, Epidemiologische Lagebeurteilung, 16. November 2021 [act. 6/2]). Gemäss den Feststellungen der Swiss National Covid-19 Science Task Force schütze eine Impfung vor der Infektion, vor einer Weitergabe der Infektion (Transmission) wie auch vor schweren Verläufen und dem Tod, weshalb mit der Impfung sowohl die Verbreitung wie auch die Krankheitslast verringert werden könne. Die Wirksamkeit der Impfung mit den damals verfügbaren mRNA-Impfstoffen wurde in verschiedenen Studien unter Einschluss von asymptomatischen Verläufen mit 39 % bis 79 % bemessen. Bezüglich symptomatischer Verläufe wurde der Schutz vor der Delta-Variante bei doppelter Impfung zunächst auf über 80 % bemessen, wobei nach Ablauf von 6 Monaten noch von einer Halbierung des Schutzes ausgegangen wurde. Mit einer dritten Impfung steige der Schutz auf mindestens 95 % in allen Altersgruppen. Die Task Force stellte fest, dass mit der Impfung demzufolge die Weiterverbreitung des Virus einerseits durch die Verringerung der symptomatischen und asymptomatischen Infektionen und damit der Zahl der infizierten Personen und andererseits durch die Verringerung der Weiterverbreitung durch geimpfte Personen, die sich trotz Impfung infizieren, reduziert werde. Gemäss dem Preprint einer Studie (<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.09.28.21264260v1.fuU.pdf>) werde das Übertragungsrisiko einer Durchbruchinfektion mit der Delta-Variante nach zwei Injektionen des mRNA-Impfstoffs von Pfizer/BioNTech um etwa 66 % geringer als bei Ungeimpften geschätzt. Ungeimpfte Infizierte würde also dreimal so viel übertragen wie geimpfte Infizierte, wobei der Schutz im Zeitverlauf abnehme (act. 6/2). Mit dem Policy Brief «Schutz gegen COVID-19 nach Genesung, normaler Impfung und einer Boosterdosis» vom 17. November 2021 (act. 6/3) wurde festgestellt, dass Impfstoffe das Risiko, sich mit SARS-Cov-2 zu infizieren, um das 10-fache senkten, wobei dieser anfängliche Effekt sich nach sechs Monaten auf einen 2-fachen Schutz abschwäche. Sie verringerten auch die Wahrscheinlichkeit einer weiteren Übertragung des Virus im Fall einer Durchbruchinfektion bei einer Infektion einer geimpften Person. Der BioNTech-Impfstoff senke das Übertragungsrisiko bei einer Infektion zuerst um die Hälfte und drei Monate später um ein Viertel.

5.5 Soweit die Beschwerdeführenden diese Beurteilung anzweifeln und auf andere Publikationen in den Medien verweisen, gilt es zu beachten, dass Massnahmen zur Pandemiebekämpfung aufgrund des jeweils aktuellen, in der Regel unvollständigen Kenntnisstands getroffen werden müssen (Märkli, *Notrecht in der Anwendungsprobe* ■ *Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen*, in: *Sicherheit & Recht* 2020, S. 59, 63; Zünd/Errass, *Pandemie* ■ *Justiz* ■ *Menschenrechte*, in: *Pandemie und Recht*, Sondernummer ZSR, 2020, S. 69, 85 f.; Zumsteg, in: Helbing Lichtenhahn Verlag [Hrsg.], *COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise*, Basel 2020, S. 801, 807; so auch VGE VG.2020.7 vom 31. März 2021 E. 5.2.2). Dies setzt einen gewissen Spielraum der zuständigen Behörden voraus (BGE 131 II 670 E. 2.3 S. 675 und E. 3 S. 676; vgl. bereits BGE 50 I 334 E. 4 S. 337). Jedenfalls wenn es um möglicherweise gewichtige Risiken geht, können Abwehrmassnahmen nicht erst dann getroffen werden, wenn wissenschaftliche Klarheit über deren Wirksamkeit vorliegt, sondern bereits dann, wenn eine erhebliche Plausibilität besteht (BGE 132 II 305 E. 4.3 S. 319 ff. und E. 5.1 S. 324 ff.; Flückiger, *Le droit expérimental, Potentiel et limites en situation épidémiologique extraordinaire*, in: *Sicherheit & Recht* 2020, S. 142, 151 f.). Die getroffenen Massnahmen

und die bisherige Risikobeurteilung sind aber aufgrund neuer Erkenntnisse zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen. Mit zunehmender Dauer freiheitsbeschränkender Massnahmen steigen auch die Anforderungen an die empirische Abstützung der Risikoabschätzung bezüglich ihrer Fortführung (Art. 31 Abs. 4, Art. 40 Abs. 3 und Art. 81 des Epidemiengesetzes [EpG, SR 818.101]; BGer 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.7, mit weiteren Hinweisen; Flückiger, a.a.O., S. 150 ff.). Zudem 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 (BGer 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.7, mit Hinweis auf BGE 132 II 449 E. 4.3.2 S. 461 und E

E. 5.3

S. 563). Insgesamt muss den fachlich zuständigen und politisch verantwortlichen Behörden deshalb ein relativ bedeutender Beurteilungsspielraum zugestanden werden (BGer 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.8, mit Hinweis auf BGE 132 II 305 E. 4.4 S. 321 und E. 5.1 S. 324; VGE VG.2021.1 vom 9. November 2021 E. 5.1.3).

Auftrag der Task Force war es, die unabhängige wissenschaftliche Expertise für den Bund sicherzustellen (vgl. https://scienctaskforce.ch/wp-content/uploads/2022/02/211206Aenderung_1_210813_Zusammenarbeitsvereinbarung_SN-S TF_EDI_BAG_V2.0_.pdf). Die Politik kann daher grundsätzlich auf diese Analysen abstellen. Der Regierungsrat durfte beim Erlass des angefochtenen Beschlusses somit von der beschriebenen wissenschaftlichen Einschätzung ausgehen. Vor diesem Hintergrund blieb er mit der unterschiedlichen Behandlung von geimpften und genesenen Personen einerseits und Nichtgeimpften andererseits im Rahmen seines Beurteilungsspielraums. Dies gilt umso mehr, als der Regierungsrat seine Entscheidung beim Auftreten der neuen Omikron-Variante schon kurze Zeit später überprüft und angepasst hat. Zutreffend ist zwar, dass aufgrund dieser Analyse auch von Geimpften und Genesenen die Gefahr einer Infektion Dritter ausging. Multipliziert man aber deren deutlich minimiertes Ansteckungsrisiko mit dem ebenfalls deutlich tieferen Übertragungsrisiko, das von ihnen ausgeht, so erscheint eine unterschiedliche Behandlung sachlich gerechtfertigt. Der Regierungsrat war auch nicht verpflichtet, die Ausnahme als «3G-Regelung» auszugestalten. Hierfür hätte eine einmal wöchentliche Testung nicht genügt, beträgt die Gültigkeitsdauer eines Covid-19-Testzertifikats aufgrund eines PCR-Tests doch bloss 72 Stunden (Ziff. 2 Anhang 4 zur Verordnung über Zertifikate zum Nachweis einer Covid-19-Impfung, einer Covid-19-Genesung oder eines Covid-19-Testergebnisses [Covid-19-Verordnung Zertifikate, SR 818.102.2]). Daraus folgt, dass in den Schulen mit dem entsprechenden personellen und finanziellen Aufwand zweimal wöchentlich hätte getestet werden müssen oder praktisch täglich in den Schulen hätte geprüft werden müssen, ob nicht geimpfte oder genesene Schulangehörige, die sich von der Maskentragpflicht dispensieren möchten, im Besitz eines gültigen Zertifikats sind. Zudem bleibt bei nicht geimpften und genesenen Personen das gegenüber den geimpften und genesenen Personen ungleich höhere Risiko bestehen, dass sie unmittelbar nach einer negativen Testung sich infizieren und Dritte infizieren können.

Unerfindlich ist auch, weshalb die Anknüpfung an einem Zertifikat gemäss Art. 6a des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz, SR 818.102) unzulässig sein soll, zumal auch für Kinder und Jugendliche solche Zertifikate ausgestellt werden.

5.6 Da somit von nicht geimpften und nicht genesenen Personen ein deutlich erhöhtes Risiko ausgeht, dass sie insbesondere Personen, die keine Masken tragen, infizieren können, beruhte § 2 Abs. 2 lit. b des angefochtenen Beschlusses auf vernünftigen Gründen in den zu regelnden Verhältnissen. Die angefochtene Bestimmung verletzte daher die Rechtsgleichheit nicht. Gleichzeitig steht damit fest, dass sich § 2 Abs. 2 lit. b des angefochtenen Beschlusses auf ernsthafte sachliche Gründe stützte und weder zweck- noch sinnlos war. Die Regelung war folglich auch nicht willkürlich (vgl. oben E. 4).

E. 6

6.1 Weiter rügen die Beschwerdeführenden eine Verletzung ihres Anspruchs auf informationelle Selbstbestimmung gemäss Art. 13 BV. Diese Bestimmung schützt die Privatsphäre in einem weiten Sinn und umfasst auch den Schutz von Personendaten. Solche können sich auf die eigene Identität, die sozialen Beziehungen, intime Verhaltensweisen, die Ehre und das Ansehen wie auf alle nicht öffentlich zugänglichen Informationen bezüglich einer Person beziehen (BGE 140 I 381 E. 4.1 S. 383 f.).

6.2 Die Beschwerdeführenden machen diesbezüglich geltend, selber darüber bestimmen zu dürfen, wem sie ihren medizinischen «Status» im Hinblick auf Covid-19 mitteilen wollen. Indem ungeimpfte Personen eine Maske tragen müssten, erfolge eine öffentliche «Kennzeichnung», womit ihnen diese Möglichkeit entzogen werde, ohne dass sie sich etwa durch einen negativen Test von der Maskenpflicht befreien könnten. Sowohl aus dem Tragen als auch dem Nicht-Tragen einer Maske lasse sich ein unmittelbarer Rückschluss auf den Impfstatus ableiten, aufgrund dessen mit «Repressalien und Anfeindungen von der anderen ■Front■» gerechnet werden müsse. Die Beschwerdeführerin 1 habe daher konkrete berufliche Nachteile an ihrem Arbeitsplatz zu befürchten und es bestehe eine konkrete Gefahr der Anfeindung im Umgang mit Eltern von Schülerinnen und Schülern.

6.3 Dieser Auffassung kann bereits im Ausgangspunkt nicht gefolgt werden. Wie die Beschwerdeführenden zutreffend ausführen, bestand im Zeitpunkt des angefochtenen Beschlusses auch im maskenlosen Umgang mit geimpften und genesenen Personen aufgrund der damaligen Verbreitung der Delta-Variante ein Ansteckungsrisiko mit erheblichen gesundheitlichen Risiken, auch wenn dieses bedeutend geringer war als im entsprechenden Umgang mit ungeimpften, bisher nicht infizierten Personen. Es ist daher notorisch, dass auch geimpfte und genesene Personen zu ihrem eigenen Schutz auch nach dem angefochtenen Beschluss und vor der Aufhebung von § 2 Abs. 2 lit. b im Schulbetrieb eine Maske trugen. Das Tragen einer Maske erlaubte daher keinen «unmittelbaren Rückschluss» auf einen Status als nicht geimpfte Person resp. als Impfgegnerin oder Impfgegner. Auch nicht geimpfte Personen konnten das Tragen einer Maske im Schulbetrieb daher mit ihrem eigenen Schutzbedürfnis begründen, wenn sie keine Auskunft über ihren Impfstatus geben wollten. Damit führte § 2 Abs. 2 lit. b nicht zu einer Offenlegung einer nicht öffentlich zugänglichen Information über einzelne Schülerinnen und Schüler sowie Lehrerinnen und Lehrer und war daher auch nicht geeignet, sie Repressalien und Anfeindungen auszusetzen. Die Beschwerdeführenden führen in der Replik denn auch keine entsprechenden, konkreten Erfahrungen ins Feld. Daraus folgt, dass die Massnahme keinen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung begründete.

6.4 Selbst wenn man aber von einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ausgehen sollte, wäre er gerechtfertigt, beruhte die Massnahme doch auf

einer genügenden gesetzlichen Grundlage, verfolgte ein hinreichendes öffentliches Interesse und war verhältnismässig.

6.4.1 Soweit die Beschwerdeführenden eine genügende gesetzliche Grundlage bestreiten, beziehen sie sich auf die Pflicht zum Maskentragen im Schulalltag gemäss § 2 Abs. 1, in welcher sie einen schweren Grundrechtseingriff sehen. Im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung der informationellen Selbstbestimmung strittig ist aber der Dispens von dieser Maskenpflicht für eine Personengruppe, von der ein geringeres Infektionsrisiko für Dritte ausgeht. Die Beschwerdeführenden machen nicht geltend und es ist nicht ersichtlich, inwiefern damit ein schwerer Grundrechtseingriff verbunden sein könnte. Es kann daher unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung des Verfassungsgerichts festgehalten werden, dass für die Regelung des Maskentragens in der Schule durch eine regierungsrätliche Verordnung eine ausreichende gesetzliche Grundlage besteht (vgl. VGE VG.2020.7 vom 31. März 2021 E. 3, VG.2021.1 vom 9. November 2021 E. 3).

6.4.2 Die Massnahme diene ■ wie oben erwogen (vgl. E. 5.4) ■ dem Schutz vor Ansteckungen im Schulalltag und damit der Eindämmung der Covid-19-Pandemie und damit einem hinreichenden öffentlichen Interesse.

6.4.3 Schliesslich erscheint die Massnahme auch verhältnismässig. Bei dieser Verhältnismässigkeitsprüfung der von den politisch verantwortlichen Behörden verhängten Massnahmen und insbesondere bei der relativen Gewichtung, die den einzelnen involvierten Rechtsgütern und Interessen beizumessen ist, haben sich die Gerichte in Nachachtung des Beurteilungsspielraums dieser politischen Behörden eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen (BGer 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.5, mit Hinweis auf BGE 146 II 17 E. 6.4 S. 22). Wird die Grenzziehung zwischen zulässigen und unzulässigen Risiken nicht vom Gesetzgeber selber vorgenommen, ist die Bestimmung des akzeptablen Risikos primär Sache des Ordnungsgebers oder der zuständigen Fachbehörden, und nicht der Gerichte (VGE VG.2021.1 vom 9. November 2021 E. 5.1.2, mit Hinweis auf BGer 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.5, mit Hinweis auf BGE 139 II 185 E. 9.3 S. 199; vgl. dazu auch Wullschleger, Die Rolle der Verwaltungsgerichte bei umweltrechtlichen Interessenabwägungen, in: URP 2018, S. 131, 140 f.). Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz kommt dabei aber bei der harmonisierenden Konkretisierung konfligierender Verfassungsprinzipien (BGE 142 I 195 E. 5.6 S. 210, E. 5.7 S. 211 und E. 5.8 S. 2012, 140 I 201 E. 6.7 S. 212), wie z.B. dem Schutz von Leben und Gesundheit einerseits und den zu diesem Zweck verhängten Grundrechtseinschränkungen andererseits, eine besondere Bedeutung zu. Auch bei der Abwehr von Gesundheitsgefährdungen ist gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip nach dem akzeptablen Risiko zu fragen und eine Abwägung zwischen den involvierten Interessen vorzunehmen (VGE VG.2021.1 vom 9. November 2021 E. 5.1.1, mit Hinweis auf BGer 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.3, mit Hinweisen auf BGE 146 II 17 E. 8.4 S. 28 und E. 9.3.2 S. 30, 143 II 518 E. 5.7 S. 532).

Wie die Beschwerdeführenden selber relevieren, stellt die Pflicht zum Tragen von Gesichtsmasken nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts eine leichte Einschränkung des Grundrechts der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV dar (VGE VG.2021.1 vom 9. November 2021 E. 2.2, mit Hinweis auf BGer 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 E. 4, bestätigt in 2C_111/2021 vom 26. Juli 2021 E. 1.6; so auch VGer ZH AN.2020.00016 vom 3. Dezember 2020 E. 6.2; VGE VG.2020.7 vom 31. März 2021 E. 2.2; Cour de justice GE ACST/5/2021 vom 2. März 2021 E. 6d). Geht der Regierungsrat

aufgrund der oben dargestellten wissenschaftlichen Datenlage (vgl. E. 5.4) von einem bedeutend kleineren Ansteckungsrisiko bei geimpften und genesenen Personen aus, so ist es gerade unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht zu beanstanden, wenn er die bei nicht geimpften Personen als notwendig erachteten Grundrechtseinschränkung nicht auch auf diese Bevölkerungsgruppe ausweitet.

E. 7

Schliesslich bezieht sich die Beschwerde der Beschwerdeführenden auf § 5 des angefochtenen Beschlusses. Danach wird, wer gegen die Bestimmungen dieser Verordnung verstösst, gemäss Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG mit Busse bestraft. Sie rügen diesbezüglich eine Verletzung des Bestimmtheitsgebotes.

7.1 Der Grundsatz der Legalität im Bereich von Strafbestimmungen ist in Art. 1 StGB und Art. 7 EMRK verankert. Als Teilgehalt dieses Legalitätsprinzips verlangt das Bestimmtheitsgebot («nulla poena sine lege certa») eine hinreichend genaue Umschreibung der Straftatbestände. Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass die Einzelnen ihr Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können (BGE 145 IV 320 E. 1.4.2 S. 322, 144 I 242 E. 3.1.2 S. 251; BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 20).

7.2 Die Beschwerdeführenden machen zunächst geltend, dass nach § 5 der angefochtenen Verordnung mit Busse gemäss Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG bestraft werde, wer gegen Bestimmungen der Verordnung verstosse. Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG verweise wiederum auf Art. 40 EpG. Die Aufzählung in Art. 40 Abs. 2 EpG lasse darauf schliessen, dass nur bei krassen Verstössen in dringlichen Situationen eine Busse auferlegt werden solle. In teleologischer Auslegung von Art. 40 EpG sei davon auszugehen, dass der Verstoss gegen die Maskenpflicht nicht bereits unter Strafe gestellt werden dürfe.

Es trifft zu, dass Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG auf Art. 40 EpG verweist, indem er bestimmt, dass mit Busse bestraft wird, wer sich vorsätzlich «Massnahmen gegenüber der Bevölkerung widersetzt (Art. 40)». Bei § 2 der angefochtenen Verfügung handelt es sich aber offensichtlich um eine Massnahme gemäss Art. 40 EpG, werden damit doch Vorschriften zum Betrieb von Schulen aufgestellt (Art. 40 Abs. 2 lit. b EpG). Inwieweit die Aufzählung in Art. 40 EpG darauf soll schliessen lassen, «dass nur bei krassen Verstössen in dringlichen Situationen eine Busse» soll auferlegt werden können, ist nicht erfindlich. Die Einführung der Maskenpflicht im Schulunterricht diene im Übrigen der Pandemiebekämpfung und sollte weitergehende Massnahmen wie Schulschliessung mit Homeschooling vermeiden (vgl. dazu VGE VG.2021.1 vom 9. November 2021 E. 5.5.3). An der Durchsetzung der Massnahme mit notfalls auch strafrechtlichem Zwang bestand daher ein erhebliches Interesse. Es widerspricht somit entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden grundsätzlich nicht der Funktion des Strafrechts als «ultima ratio», wenn Verstösse gegen § 2 der angefochtenen Verordnung mit Strafe bewehrt werden. Inwieweit dies auch im Einzelfall zutrifft und verhältnismässig erscheint, ist nicht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle zu prüfen (vgl. oben E. 1.3.4).

7.3 Ausserdem machen die Beschwerdeführenden geltend, dass die Massnahmen gemäss Covid-19-Verordnung ständig geändert würden. Bei derartigen Unsicherheiten und Unbeständigkeiten sei es den Einzelnen nicht möglich, ihr Verhalten nach den entsprechenden Bestimmungen zu richten. Die hektische Normsetzungstätigkeit verlange nicht nur den Normadressaten ein Höchstmass an Aufmerksamkeit und einen hohen

Zeitaufwand für die Ermittlung des Normgehalts ab, sondern erweise sich auch als fehleranfällig.

Auch darin kann den Beschwerdeführenden nicht gefolgt werden. Die Maskenpflicht gemäss § 2 der angefochtenen Verordnung erweist sich nicht als besonders komplex. Es wurde darüber zudem notorischerweise in der Öffentlichkeit wie auch durch die Schulbehörden informiert. Auch hier wird im Einzelfall bei der Prüfung konkreter Bestrafungen aufgrund ihrer Verletzung zu prüfen sein, inwieweit der gebüssten Person die strafbewehrte Norm hat bekannt sein können. Eine generelle Verletzung des Bestimmtheitsgebots liegt aber auch insoweit nicht vor.

7.4 Schliesslich machen die Beschwerdeführenden geltend, dass in § 2 Abs. 2 lit. d derart unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet würden, dass die Einzelnen kaum je ermitteln könnten, was damit gemeint sei.

Gemäss dieser Bestimmung kann in Unterrichts-, Betreuungs- und Therapiesituationen, in denen das Tragen einer Gesichtsmaske den Unterricht, die Betreuung oder die Therapie wesentlich erschwert, auf das Tragen einer Maske verzichtet werden, wenn der Mindestabstand gegenüber den Schülerinnen und Schülern oder anderen Erwachsenen eingehalten wird oder wenn der Schutz durch andere Schutzmassnahmen gewährleistet wird. Dies räumt den unterrichtenden Lehrpersonen, Betreuenden oder Therapeutinnen und Therapeuten ein erhebliches Ermessen ein, in bestimmten Unterrichts-, Betreuungs- oder Therapiesituationen vom Tragen einer Maske zu dispensieren, soweit nicht weitere, konkretisierende Weisungen der vorgesetzten Schulbehörden vorliegen. Daraus folgt aber nicht insgesamt eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots. Vielmehr wird auch diesbezüglich im Einzelfall zu prüfen sein, ob eine Bestrafung zulässig ist, wenn eine Lehrperson, eine Betreuungsperson oder eine Therapeutin oder ein Therapeut sich und die Schülerinnen und Schüler in einer bestimmten Situation unter Berufung auf diese Bestimmung vom Maskentragen dispensiert hat.

7.5 Gemäss den vorstehenden Erwägungen umschrieb § 5 der angefochtenen Verordnung den Straftatbestand hinreichend genau. Das Bestimmtheitsgebots und damit das Legalitätsprinzip wurde nicht verletzt.

E. 8

Nicht einzutreten ist wie erwogen (vgl. oben E. 2.2) auf die Ausführungen der Beschwerdeführenden, mit denen sie die Maskentragpflicht als nicht näher spezifizierten Grundrechtseingriff rügen und geltend machen, dass hierfür die Voraussetzungen für einen Grundrechtseingriff fehlten. Im Sinn eines obiter dictum kann diesbezüglich aber immerhin auf die beiden Urteile des Verfassungsgerichts VG.2020.7 vom 31. März 2021 und VG.2021.1 vom 9. November 2021 verwiesen werden, mit welchen sich das Verfassungsgericht eingehend mit der Maskentragpflicht an Schulen auseinandergesetzt hat.

E. 9

9.1 Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die angefochtene Regelung des Maskentragens in Schulen und Tagesstrukturen gemäss §§ 2 und 5 des angefochtenen Beschlusses des Regierungsrates keine angerufenen verfassungsmässigen Rechte verletzt hat.

9.2 Die Verfassungsbeschwerde ist daher abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens tragen die Beschwerdeführenden gestützt auf § 30b in Verbindung mit § 30 Abs. 1 VRPG die Kosten des Verfahrens. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden in Anwendung von § 24 des Gerichtsgebührenreglements (SG 154.810) auf CHF 1'500.■ festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Hinzu kommt die den Beschwerdeführenden mit der instruktionsrichterlichen Verfügung vom 24. November 2021 auferlegte Gebühr von CHF 500.■ für den Verfahrensentcheid betreffend ihr Gesuch um Bewilligung der aufschiebenden Wirkung.

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