

BVGer C-5074/2020 vom 25. Mai 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-05-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5074_2020

FR: TAF C-5074/2020 du 25 mai 2021

IT: TAF C-5074/2020 del 25 maggio 2021

Regeste

Krankheits- und Unfallbekämpfung

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit und die Zulässigkeit der Beschwerde von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 7 Abs. 1 VwVG; vgl. auch BVGE 2007/6 E. 1 m.w.H.).

E. 1.1

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung vom 11. September 2020, mit welcher das BAG auf das Gesuch der Beschwerdeführenden um Erlass einer Feststellungsverfügung (Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr - Neues Coronavirus) nicht eingetreten ist.

E. 1.2

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Die (eidgenössischen) Departemente und die ihnen unterstellten Dienststellen sind in Art. 33 Bst. d VGG als Vorinstanzen aufgeführt. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich grundsätzlich nach den Vorschriften des VwVG, wobei abweichende Vorschriften des VGG vorbehalten bleiben (Art. 37 VGG).

E. 1.3.1

Nach Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten als Verfügungen Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben: Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (Bst. a); Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten (Bst. b); Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder das Nichteintreten auf solche Begehren (Bst. c). Als Verfügungen gelten mithin autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 141 II 233 E. 3.1 S. 235 m.H.; 139 V 143 E. 1.2; Urteil des BGer 2C_516/2017 vom 14. September 2017 E. 3.1). Vorliegend ist das BAG auf das Gesuch der Beschwerdeführenden mit Verfügung vom 11. September 2020 nicht eingetreten. Damit hat die Vorinstanz als Behörde eine einseitige Anordnung im Einzelfall getroffen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt. Die Regelung eines Rechtsverhältnisses ist darin zu sehen, dass die Vorinstanz durch die

Darstellung ihrer Rechtsauffassung den Beschwerdeführenden den von ihnen beantragten Erlass einer Feststellungsverfügung im konkreten Einzelfall abgesprochen respektive das schützenswerte Interesse der Beschwerdeführenden an einer solchen Verfügung verneint hat. Damit sind die Strukturmerkmale des Verfügungsbegriffs erfüllt.

E. 1.3.2

Anfechtungsobjekt im vorliegenden Verfahren ist die Nichteintretens-verfügung der Vorinstanz vom 11. September 2020. Die Beschwerdeführenden können durch das Bundesverwaltungsgericht nur Rechtsverhältnisse überprüfen bzw. beurteilen lassen, zu denen die zuständige Behörde vorgängig und verbindlich - in Form einer Verfügung - Stellung genommen hat. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann deshalb nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder bei richtiger Rechtsanwendung hätte sein sollen. Fragen, über welche die verfügende Behörde nicht entschieden hat, dürfen somit grundsätzlich im Beschwerdeverfahren nicht beurteilt werden. Wird ein Nichteintretensentscheid angefochten, prüft das Bundesverwaltungsgericht nur die Rechtsfrage, ob die Vorinstanz auf die bei ihr erhobene Einsprache bzw. Beschwerde oder ein Wiedererwägungsgesuch zu Recht nicht eingetreten ist (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. X, 2. Aufl. 2013, S. 29 f. Rz. 2.7 f.; BGE 125 V 413 E. 2a; Urteile des BVGer C-2161/2017 und C-1747/2019 vom 6. Juni 2019 E. 1.3.2.1; C-5123/2018 vom 4. Juli 2019 E. 3; C-7720/2009 vom 13. Juni 2012 E. 4). Weil der Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren in der Regel nur enger, nicht aber weiter sein kann als der Anfechtungsgegenstand (vgl. BGE 133 II 35 E. 2; 125 V 413 E. 2a), hat das Bundesverwaltungsgericht lediglich zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführenden nicht eingetreten ist. Eine materiell-rechtliche Beurteilung des Inhalts der Covid-19-Verordnung besondere Lage respektive von Art. 3a dieser Verordnung scheidet demnach von vornherein aus.

E. 1.4

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst.a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schützenswertes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

E. 1.4.1

Die Vorinstanz hat in ihrer Vernehmlassung vom 20. Januar 2021 festgehalten, dass es sich bei der vom Rechtsvertreter mit Eingabe vom 28. August 2020 eingereichten Namensliste (BVGer act. 5 samt Beilage) um die korrekte Liste handle. Dementsprechend ist nunmehr unbestritten, dass die insgesamt 396 Beschwerdeführenden (gemäss Rubrum der Zwischenverfügung vom 25. Januar 2021; BVGer act. 11) am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben und die formelle Beschwer im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG bei ihnen gegeben ist.

E. 1.4.2

Als zweite Legitimationsvoraussetzung bestimmt Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG, dass die beschwerdeführende Partei durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sein muss. Diese Voraussetzung bildet Teilgehalt der materiellen Beschwer, welche zusätzlich auch das Erfordernis des schutzwürdigen Interesses (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) umfasst. Die beiden Teilgehalte lassen sich nur schwer auseinanderhalten; nach der gerichtlichen Praxis

kommt ihnen indes auch je ein eigenständiger Gehalt in dem Sinne zu, als bei der Bestimmung der materiellen Beschwer je nachdem das schutzwürdige Interesse oder das besondere Berührtsein im Vordergrund steht (Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 941; Isabelle Häner, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren* [nachfolgend: *VwVG-Kommentar*], 2. Aufl. 2019, Art. 48 N. 10; Marantelli/Huber, in: Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz* [nachfolgend: *Praxiskommentar*], 2. Aufl. 2016, Art. 48 N. 11). Die beschwerdeführende Person muss stärker als die Allgemeinheit betroffen sein. Dieses Kriterium dient der Abgrenzung zur Popularbeschwerde. In diesem Zusammenhang reicht es nicht, wenn nur ein allgemeines Interesse oder ein Interesse Dritter geltend gemacht wird (Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 942).

E. 1.4.3

Ebenso ist ein schutzwürdiges Interesse im Sinne einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache erforderlich (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG; BGE 142 II 80 E. 1.4.3; 141 II 14 E. 4.4 S. 29 f.; 140 II 214 E. 2.1 S. 218; 139 II 499 E. 2.2 S. 504; 135 II 172 E. 2.1 S. 174 f.). Das schutzwürdige Interesse - das rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein kann - besteht darin, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet - ohne die gebotene Beziehungsnähe zur Streitsache selber - keine Beschwerdebefugnis (BGE 142 II 80 E. 1.4.1; 139 II 279 E. 2.2 S. 282; 135 II 172 E. 2.1 S. 174 f.). Der Beschwerdeführer muss schliesslich einen praktischen Nutzen aus der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen (BGE 141 II 14 E. 4.4 S. 29 f.; 139 II 279 E. 2.2 S. 282).

E. 1.4.4

Nach der Systematik des Verwaltungsverfahrensgesetzes sind die Parteistellung (Art. 6 VwVG) und die Beschwerdebefugnis (Art. 48 VwVG) aufeinander abgestimmt (BGE 139 II 328 E. 4.1 S. 335; 139 II 279 E. 2.2; 131 II 587 E. 5.2 S. 592): Art. 6 VwVG umschreibt den Parteibegriff offen und knüpft über den Verweis auf die Beschwerdebefugnis nach Art. 48 VwVG an das Rechtsschutzinteresse an. Zu den Parteien zählen damit neben materiellen Verfügungsadressaten auch Dritte, die - wie dargelegt - in einem besonders engen, spezifischen Verhältnis zum Verfügungsgegenstand stehen und deren Situation durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden kann (BGE 139 II 328 E. 4.1 S. 335; 139 II 279 E. 2.2 S. 282).

E. 1.4.5

Als Gesuchsteller und Gesuchstellerinnen haben die Beschwerdeführenden am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie machen beschwerdeweise insoweit einen persönlichen Nachteil geltend, als sie durch Art. 3a Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage ihr Recht auf persönliche Freiheit respektive auf persönliche Unversehrtheit als verletzt ansehen. Ihr Begehren ist auf die Abwendung eines objektiven Nachteils, der sie auch in den persönlichen Angelegenheiten trifft, gerichtet. Nachdem sie weiterhin hiervon betroffen sind, ist ihnen auch ein aktuelles und praktisches Interesse an der Überprüfung der Nichteintretensverfügung zu attestieren. Damit haben die Beschwerdeführenden ein schutzwürdiges Interesse im Sinne einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zum Anfechtungsgegenstand; sie sind als Adressaten durch die angefochtene Verfügung

besonders berührt und haben an deren Aufhebung bzw. Abänderung ein schutzwürdiges Interesse. Nachdem der Verfahrenskostenvorschuss rechtzeitig geleistet worden ist, ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde - unter Vorbehalt der vorstehenden Erwägung 1.3.2 - grundsätzlich einzutreten (vgl. Art. 50 Abs. 1, Art. 52 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 2.1

Die Beschwerdeführenden können im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids beanstanden (Art. 49 VwVG).

E. 2.2

In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen materiell-rechtlichen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3; 134 V 315 E. 1.2). Massgebend sind vorliegend die im Zeitpunkt der Verfügung, also am 11. September 2020, geltenden materiellen Bestimmungen. Dazu gehören neben dem Epidemien-gesetz in der Fassung vom 19. Juni 2020, in Kraft seit 25. Juni 2020 (AS 2020 2191 bzw. AS 2020 2727, BBl 2020 4461), insbesondere die Covid-19-Verordnung besondere Lage, in der am 11. September 2020 geltenden Version (SR 818.101.26, Fassung gemäss Ziff. I der V vom 12. Aug. 2020 [Maskenpflicht in Luftfahrzeugen; Grossveranstaltungen], in Kraft seit 15. Aug. 2020, AS 2020 3547).

E. 3.1

Die Beschwerdeführenden bringen zur Begründung im Wesentlichen vor, die Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung seien vorliegend erfüllt. Das BAG als vom Bundesrat beauftragte Behörde sei in der Sache zuständig. Sie hätten die Behörde um eine konkrete Feststellung ersucht, dass sie nicht verpflichtet seien, im öffentlichen Verkehr eine Maske zu tragen. Die in Art. 3a der Covid-19-Verordnung besondere Lage postulierte Verpflichtung verstosse gegen ihr verfassungsmässig geschütztes Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Sie hätten ein berechtigtes Interesse an der Klärung der konkreten Rechtsfrage, ob sie tatsächlich einer Maskentragpflicht im öffentlichen Verkehr unterliegen würden. Entgegen der Auffassung des BAG gehe es nicht um die Feststellung einer abstrakten Rechtslage für eine unbestimmte Vielzahl von Personen und Sachverhalten. Es handle sich auch keineswegs um die Aufgabe, ein Rechtsgutachten zu erstatten und theoretische Rechtsfragen losgelöst von einem konkreten Fall zu beantworten. Vielmehr habe die Vorinstanz eine konkrete Feststellungsverfügung im Hinblick auf die nicht bestehende Maskentragpflicht der Beschwerdeführenden bei der Nutzung des öffentlichen Verkehrs zu erlassen. Die Tatsache, dass es sich um knapp 400 Beschwerdeführende handle, stehe dem Erlass einer Allgemeinverfügung als generell-konkrete Anordnung nicht entgegen. Auch wenn die Feststellungsverfügung gegenüber einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung subsidiär sei, könne bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses eine Feststellungsverfügung verlangt werden. Dies sei insbesondere der Fall, wenn mit dieser gewisse grundlegende Rechtsfragen vorweg gelöst werden könnten. Entgegen der Annahme des BAG handle es sich vorliegend nicht um eine unzulässige «generelle und abstrakte Prüfung» der Frage, ob der Bundesrat die fragliche Bestimmung zu Recht erlassen habe, sondern um eine

notwendige Vorfrage im Rahmen einer akzessorischen Prüfung. Im vorliegenden Fall müsse Art. 3a Covid-19-Verordnung besondere Lage dem höherrangigen, verfassungsrechtlich verankerten Recht auf körperliche Unversehrtheit weichen, so dass diese Bestimmung für die Beschwerdeführenden keine Anwendung finden dürfe (BVGer act. 1).

E. 3.2

Dagegen wendet die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ein, es sei nicht möglich, mit einer Feststellungsverfügung eine abstrakte Rechtslage, wie sie für eine unbestimmte Vielzahl von Personen und Sachverhalten gelte, autoritativ festzustellen. Vorliegend gehe es gerade nicht um die Prüfung der individuellen Gründe einzelner Personen, von der Maskentragpflicht im öffentlichen Verkehr befreit zu werden, sondern vielmehr um die Frage, ob die vom Bundesrat vorgeschriebene Maskentragpflicht im Bereich des öffentlichen Verkehrs generell rechtmässig sei. Die Beschwerdeführenden würden auch keine individuellen Gründe für eine Befreiung von der Maskentragpflicht geltend machen. Vielmehr gehe aus dem Rechtsbegehren und der Begründung klar hervor, dass sie auf eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der vom Bundesrat verordneten Massnahmen abzielten. Dass sie von der Vorinstanz eine konkrete Feststellungsverfügung im Hinblick auf ihre nicht bestehende Maskentragpflicht bei der Nutzung des öffentlichen Verkehrs verlangten, ändere - mangels Vorbringen von individuellen Gründen für eine Entbindung von dieser Pflicht - nichts am Begehren um eine abstrakte Überprüfung dieser Verordnung. Die von ihnen gewünschte Entbindung von der Maskentragpflicht wäre nur als Folge einer (hier nicht zulässigen) abstrakten Normenkontrolle denkbar (BVGer act. 10).

E. 3.3

Mit Replik vom 12. Februar 2021 bringen die Beschwerdeführenden ergänzend vor, einzelne Verordnungsbestimmungen könnten ausnahmsweise individuellen Charakter haben und deshalb als sogenannte Allgemeinverfügungen selbständig angefochten werden. Dies sei insbesondere der Fall, wenn sie ohne konkretisierende Anordnung einer Behörde angewendet und vollzogen werden könnten. In der hier vorliegenden Konstellation treffe dies bezüglich des Art. 3a Covid-19-Verordnung besondere Lage zu. Die Maskentragpflicht im öffentlichen Verkehr gelte für sie unmittelbar und könne vollzogen werden, ohne dass es einer konkretisierenden Anordnung bedürfte. Eine Person könne ausnahmsweise unmittelbar von einem Rechtssatz betroffen sein, wenn das Gesetz den Behörden kein Ermessen bei der Anwendung belasse und derart konkret sei, dass es ohne Weiteres und insbesondere ohne Umsetzungsakt das Verhalten der betroffenen Person bestimme. Anders als eine abstrakte Normenkontrolle müsse ein konkreter Feststellungsantrag mit Bezug auf eine «abstrakt-konkrete» (recte: generell-konkrete) Bestimmung (Allgemeinverfügung) zulässig sein. Andernfalls wäre es unmöglich, ein Anfechtungsobjekt zu erhalten, das für die akzessorische Normenkontrolle der genannten Verordnung erforderlich sei. Für die Schaffung eines Anfechtungsobjektes für die akzessorische Normenkontrolle könne auch nicht alternativ verlangt werden, dass die betroffene Person die Maskentragpflicht bewusst missachte und so einen rechtswegöffnenden Sanktionsfall provoziere. Denn auf diese Weise erhielte die betroffene Person nur dann Rechtsschutz, wenn sie sich dem Risiko aussetzte, sich strafbar zu machen und sanktioniert zu werden (BVGer act. 12).

E. 3.4

In ihrer Duplik vom 16. März 2021 hält die Vorinstanz an ihrer bisherigen Argumentation fest und führt zur Begründung ergänzend aus, die mit Art. 3a Covid-19-Verordnung besondere Lage angeordnete Maskentragpflicht im öffentlichen Verkehr sei entgegen der Argumentation der Beschwerdeführenden nicht als Allgemeinverfügung zu qualifizieren, denn es werde eine abstrakte, in jedem öffentlichen Verkehrsmittel zu jeder Zeit geltende Anordnung getroffen. Es handle sich um eine unbestimmte Anzahl von Fällen (Sachverhalten), welche aufgrund der gesetzlichen Delegation der Rechtssetzungsbefugnisse vom Bundesrat getroffen worden sei (BVGer act. 14).

E. 4.1

Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV). Inhaltlich gebietet das Gesetzmässigkeitsprinzip, dass staatliches Handeln insbesondere auf einem Rechtssatz (generell-abstrakter Struktur) von genügender Normstufe und genügender Bestimmtheit (Normdichte) zu beruhen hat (statt vieler: Urteil des BVGer A-2702/2018 vom 23. April 2019 E. 2.4.1 m.w.H.).

E. 4.2

Werden Rechtsetzungskompetenzen des Gesetzgebers auf den Verordnungsgeber (auf Bundesebene an den Bundesrat) übertragen, spricht man von Gesetzesdelegation. Der Gesetzgeber ermächtigt damit im (formellen) Gesetz die Exekutive zum Erlass von (sog. unselbständigen) Verordnungen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 110 und Rz. 364 ff.). Die Gesetzesdelegation gilt als zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen ist, sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, im delegierenden Gesetz selbst enthalten sind (Art. 164 Abs. 2 BV; vgl. BGE 144 II 376 E. 7.2; 137 II 409 E. 6.4; 128 I 113 E. 3c; Urteil des BVGer A-2702/2018 vom 23. April 2019 E. 2.4.2 m.w.H.).

E. 4.3

Die Prüfung, ob eine Norm mit dem höherrangigen Recht übereinstimmt, wird als Normenkontrolle bezeichnet (Rhinow/Koller/Kiss/ Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rz. 703). Die abstrakte Normenkontrolle ist die Prüfung der Gültigkeit einer Norm in einem besonderen Verfahren, unabhängig von einer konkreten Anwendung. Bundeserlasse und damit auch Verordnungen des Bundesrates unterliegen keiner abstrakten Normenkontrolle. Folglich können Verordnungen des Bundesrates nicht selbständig angefochten werden, da sie generell-abstrakte Regelungen enthalten, für welche die Verwaltungsrechtspflege im Verfahren nach VwVG bzw. VGG eine abstrakte Normenkontrolle nicht vorsieht. Verordnungen des Bundesrates als generell-abstrakte Rechtsnormen des Bundes können mithin von den Rechtsanwendungsbehörden nicht im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle überprüft werden (vgl. Art. 189 Abs. 4 BV; Urteil des BVGer C-1031/2012 vom 7. Mai 2014 E. 8.3 m.w.H.; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl. 2016, S. 190 Rz. 17a; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.14 sowie FN 47 m.w.H.; vgl. dazu auch Benjamin Schindler, VwVG-Kommentar, Art. 49 N 24 sowie FN 146; Aemisegger/Scherrer Reber, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 82 N. 29;

Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 1888). Das Bundesgericht und auch das Bundesverwaltungsgericht können eine bundesrätliche Verordnung nur vorfrageweise im Rahmen einer akzessorischen (inzidenten, konkreten, vorfrageweisen) Normenkontrolle, d.h. im Rahmen eines konkreten Rechtsanwendungsaktes, auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit hin prüfen (vgl. dazu nachfolgende E. 4.4). Anders als bei der abstrakten Normenkontrolle bildet bei der konkreten Normenkontrolle nicht der Erlass selbst das Anfechtungsobjekt, sondern ein konkreter Rechtsanwendungsakt. Dabei wird im Zuge der Anfechtung des Rechtsanwendungsaktes neben oder anstelle der Hauptfrage, ob der Einzelakt (Verfügung) rechtmässig ist, auch die Vorfrage aufgeworfen, ob die Norm, auf welche sich der Rechtsanwendungsakt stützt, nicht ihrerseits gegen höherrangiges Recht verstösst. Die Normenkontrolle ist dabei Teil der Überprüfung der Rechtmässigkeit des Einzelaktes. Stellt die angerufene Behörde bei der vorfrageweisen Prüfung fest, dass die Norm, auf die sich der Rechtsanwendungsakt stützt, gegen höherrangiges Recht verstösst, kann sie die Norm im konkreten Fall nicht anwenden und den Rechtsanwendungsakt aufheben (BGE 138 I 61 E. 7.1; 132 I 229 E. 6.4; Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, S. 417 Rz. 1712 - 1714 und S. 428 f. Rz. 1760 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 370; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. 2020, Rz. 2093 ff.). Eine abstrakte Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der COVID-19-Verordnung besondere Lage respektive einzelner Bestimmungen dieser bundesrätlichen Verordnung sehen weder der Verfassungs- noch der Gesetzgeber vor (Urteile des BGer 2C_776/2020 vom 23. September 2020 E. 2.2; 2C_280/2020 vom 15. April 2020 E. 2.2 m.H.; Urteile des BVer C-1828/2020 vom 4. Mai 2020 E. 2.2; C-1624/2020 vom 25. März 2020 S. 3 m.H.; vgl. dazu auch Andreas Stöckli, Gewaltenteilung in ausserordentlichen Lagen - quo vadis?, in: Jusletter 15. Februar 2021, Rz. 28; für die Rechtslage in Kantonen vgl. z.B. Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich AN.2020.00011 vom 22. Oktober 2020 und AN.2020.00004 vom 28. Mai 2020).

E. 4.4

Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV), auch wenn sie verfassungswidrig sind; es gilt ein Anwendungsgebot (BGE 146 V 271 E. 8.2; 144 I 340 E. 3.2 S. 345 f.). Das Bundesgericht kann lediglich den Bundesgesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern (sog. "Appellentscheid"; BGE 144 II 147 E. 7.2 S. 165). Aus der Bindung der Gerichte an Bundesgesetze und Völkerrecht (vgl. Art. 190 BV) ergibt sich, dass bei dieser vorfrageweisen Überprüfung die infrage stehenden Verordnungen oder Beschlüsse des Bundesrates auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung und den Bundesgesetzen hin überprüft werden. Dies gilt auch für Verordnungen oder Beschlüsse des Bundesrats, welche dieser zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit unmittelbar gestützt auf Art. 184 bzw. 185 BV erlassen hat. Bei der vorfrageweisen Überprüfung von direkt gestützt auf eine Ermächtigung in der Verfassung erlassenen Verordnungen oder Beschlüssen des Bundesrates darf das Gericht indes den politischen Entscheidungsspielraum, der dem Bundesrat im Rahmen der ihm vom Verfassungsgeber eingeräumten Kompetenz zugestanden wurde, nicht durch eigene Ordnungsvorstellungen schmälern. Es greift daher nur in den Gestaltungsspielraum des Bundesrates ein, wenn dieser die ihm eingeräumte Kompetenz überschritten hat, wobei es zuerst den Umfang dieser Kompetenz ermittelt (vgl. BGE 128 II 222 E. 3.2.1; 125 II 326 E. 3a; 123 IV 29 E. 2; Urteil des BVer A-4372/2020 vom 18. März 2021 E. 6.3). Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr

weiter Bereich des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat seine Prüfung darauf zu beschränken, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenz offensichtlich sprengt oder aus andern Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig ist (statt vieler: BGE 144 II 454 E. 3.3; 131 II 562 E. 3.2; BVGE 2010/33 E. 3.1.1; Urteil des BVGer A-3454/2010 vom 19. August 2011 E. 1.5.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 370; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, a.a.O., Rz. 2099). Im Rahmen einer solchen Kontrolle kann das Gericht namentlich prüfen, ob sich eine Bestimmung einer unselbständigen Bundesratsverordnung auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 BV (Willkürverbot) widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, sich zu deren wirtschaftlicher oder politischer Sachgerechtigkeit zu äussern (BGE 137 III 217 E. 2.3 m.w.H.; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.178; vgl. zum Ganzen: Urteile des BVGer A-2025/2019 vom 24. April 2020 E. 1.6.3 und A-1378/2019 vom 5. Dezember 2019 E. 1.6.3). Die Frage, ob der Bundesrat gestützt auf Art. 184 und 185 BV befugt ist, von den gesetzlichen Vorgaben abweichende Anordnungen zu treffen, wird in der Lehre uneinheitlich beantwortet. Ein Teil der Lehre vertritt jedenfalls die Auffassung, dass diese Befugnisse dem Bundesrat nicht erlauben, sich über bestehende Gesetze oder Verfassungsnormen hinwegzusetzen (vgl. Giovanni Biaggini, in: Biaggini/Gächter/Kiener [Hrsg.], Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 19 N. 50 f.). Andere Lehrmeinungen erachten diese Auffassung als zu eng und befürworten, dass der Bundesrat von den gesetzlichen Vorgaben abweichen können sollte, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Abweichung sachlich dringend geboten sei. Derartige Notverordnungen bzw. -verfügungen müssten ferner notwendig, zeitlich dringend, durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt und verhältnismässig sein (vgl. Urs Saxer, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar [nachfolgend: St. Galler Kommentar], 3. Aufl. 2014, Art. 185 NN. 71 ff. und N. 103; Schwendimann/Thürer/Truong, St. Galler Kommentar, Art. 184 NN. 26 ff.).

E. 4.5

Verordnungen, welche auf einer Ermächtigung der Verfassung beruhen (selbständige Verordnungen), können im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle grundsätzlich unbeschränkt auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung und den Bundesgesetzen hin überprüft werden (BGE 142 II 182 E. 2.3.1 m.w.H.; Art. 182 Abs. 1 BV). Stützt sich die bundesrätliche Verordnung dagegen auf das Bundesgesetz (sog. unselbständige Verordnung), prüft das Bundesverwaltungsgericht, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnis gehalten hat (vgl. BVGE 2010/33 E. 3.1.1; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.177 ff.). Erweist sich die Verordnung als gesetzmässig und ermächtigt das Gesetz den Bundesrat nicht, von der Verfassung abzuweichen, ist auch die Verfassungsmässigkeit zu prüfen (BGE 143 II 87 E. 4.4; 141 II 169 E. 3.4; Urteil des BVGer A-988/2019 vom 7. November 2019 E. 2.4.4; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 370). Für den Bereich der unselbständigen Verordnungen ist das Prüfungsrecht zusätzlich dahingehend eingeschränkt, dass diese angewendet werden müssen, soweit sie in ihren Bestimmungen die Regelung des Gesetzes

übernehmen und konkretisieren. Denn die Nichtanwendung würde indirekt gegen das Anwendungsgebot von Art. 190 BV verstossen.

E. 4.6.1

Die in der Sache zuständige Behörde kann über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen (Art. 25 Abs. 1 VwVG). Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Keiner Partei darf ein Nachteil daraus erwachsen, dass sie im berechtigten Vertrauen auf eine Feststellungsverfügung gehandelt hat (Art. 25 Abs. 3 VwVG).

E. 4.6.2

Ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist nach Lehre und Rechtsprechung anzuerkennen, wenn der Gesuchsteller ein rechtliches oder tatsächliches sowie ein aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachweist und keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Ferner ist nötig, dass ein entsprechendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse vorliegt, welches nicht bloss abstrakte, theoretische Rechtsfragen, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten zum Gegenstand hat (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.5; 131 II 13 E. 2.2 sowie 130 V 388 E. 2.4 und 2.5 m.H.). Es reicht, wenn das private Interesse schützenswert erscheint (vgl. Weber-Dürler/Kunz-Notter, VwVG-Kommentar, Art. 25 N. 15 sowie FN 47 m.w.H.).

E. 4.6.3

Das von Art. 25 Abs. 2 VwVG geforderte schutzwürdige Interesse besteht dann, wenn die gesuchstellende Person ohne die verbindliche und sofortige Feststellung des Bestandes, Nichtbestandes oder Umfangs öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten Gefahr liefe, dass sie oder die Behörde ihr nachteilige Massnahmen treffen oder ihr günstige unterlassen würde (vgl. Weber-Dürler/Kunz-Notter, VwVG-Kommentar, Art. 25 N. 15; Urteil des BVerG B-3154/2007 vom 23. Juni 2007 E. 2). Dies ist insbesondere der Fall, wenn die gesuchstellende Person ohne Feststellungsverfügung gezwungen wäre, erhebliche, sich später eventuell als nutzlos erweisende Aufwendungen - beispielsweise in Form grosser administrativer Umtriebe - zu erbringen. Ein schützenswertes Interesse besteht somit darin, dank der vorzeitigen Rechtsklärung das Risiko nachteiliger Dispositionen zu vermeiden (vgl. Weber-Dürler/Kunz-Notter, a.a.O., Art. 25 NN. 11 und 15 ff.). Die gesuchstellende Person muss dartun, dass das Risiko nachteiliger Dispositionen besteht und ein allfälliges künftiges Verhalten, dessen Rechtsfolgen zu klären sind, wahrscheinlich ist (Weber-Dürler/Kunz-Notter, a.a.O., Art. 25 N. 29). Das Feststellungsinteresse ist nur zurückhaltend zu bejahen, wenn die gesuchstellende Person bloss nach der optimalen Gestaltung ihrer Verhältnisse sucht. Denn sonst bestünde die Gefahr, dass die verfügenden Behörden und die Rechtsmittelinstanzen durch Feststellungsbegehren zu allen theoretisch möglichen Vorgehensvarianten belastet würden (Weber-Dürler/Kunz-Notter, a.a.O., Art. 25 N. 25 m.H.). Es ist auch nicht möglich, eine abstrakte Rechtslage, wie sie sich aus einem Rechtssatz für eine unbestimmte Anzahl von Personen und Sachverhalte ergibt, autoritativ festzustellen (Urteil des BVerG 2C_608/2017 vom 24. August 2018 E. 5.3 und 5.4 m.w.H.). Zudem ist es auch nicht Aufgabe der Behörden, Rechtsgutachten zu erstatten (BGE 131 II 13 E. 2.2; 130 V 388 E. 2.4 f.). Auch können feststellende Verfügungen nicht in der Weise

als «Grundsatzentscheidungen» oder «-bewilligungen» ergehen, als die Behörde bestimmte Begehren grundsätzlich in dieser oder jener Weise behandeln soll. Namentlich kann ein noch nicht durch einen konkreten Sachverhalt aktualisiertes Rechtsverhältnis nicht Gegenstand eines Feststellungsbegehrens sein (vgl. BVGE 2015/35 E.2.2.3 m.w.H.; Urteile des BVGer B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 2.1.2; B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 7.1.1.1; Andreas Kley, Die Feststellungsverfügung eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, 1998, S. 230 ff., insbesondere S. 238). Für die Durchführung einer abstrakten Normenkontrolle kann demnach keine Feststellungsverfügung verlangt werden (BGE 126 II 300 E. 2c; 123 II 16 E. 2b). Das Institut der Feststellungsverfügung darf folglich nicht dazu verwendet werden, auf indirektem Weg die abstrakte Normenkontrolle herbeizuführen (vgl. dazu auch Wiederkehr/Egli, Rechtsweggarantie und Rechtsverhältnislehre: Eine Analyse der neueren Rechtsprechung zu Art. 29a BV, Art. 5, Art. 25 und Art. 25a VwVG, in: recht 1/2021, S. 40 ff., insbesondere S. 49 m.w.H.; vgl. für die kantonale Verwaltungsrechtspflege: Bosshart/Röhl/Bertschi, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz, 3. Aufl. 2014, § 19 N. 25 m.w.H.). Gegenstand einer Feststellungsverfügung kann vielmehr nur ein konkretes, individuelles Rechtsverhältnis sein (BGE 137 II 199 E. 6.5 S. 218; 123 II 16 E. 2b S. 21; vgl. auch Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 144). Fehlt das Feststellungsinteresse, ist auf ein Feststellungsbegehren nicht einzutreten (vgl. BGE 129 V 289 E. 2.1 und 2.3; 129 III 503 E. 3.6 und 108 Ib 540 E. 3; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 64).

E. 5

Streitig und nachfolgend zu prüfen ist, ob die Vorinstanz ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG zu Recht verneint hat und ob die Nichteintretensverfügung vom 11. September 2020 damit rechtmässig ergangen ist.

E. 5.1

Vorliegend steht fest, dass die Beschwerdeführenden nicht eine in Anwendung von Art. 3a der Covid-19-Verordnung besondere Lage erlassene Einzelverfügung anfechten, so dass eine akzessorische Normenkontrolle der bundesrätlichen Verordnung im Rahmen der Prüfung einer Individualverfügung von vornherein ausser Betracht fällt. Vielmehr bringen sie in ihrer Beschwerdebegründung im Wesentlichen vor, dass das Maskentragen in Alltagssituationen wie bei der Benützung des öffentlichen Verkehrs «je nach mentaler Verfassung, medizinischer Konstitution des Maskenträgers und den konkreten Umständen zu Sauerstoffmangel, Kopfweg, Beklemmungsgefühlen oder sogar zu Infektionen mit Keimen und Pilzen führen» könne. «Einige Beschwerdeführer» hätten das schon mehrfach erlebt (wie z.B. Kopfweg oder leichtes Schwindelgefühl). Zudem erschwere die Maske die Kommunikation mit anderen Menschen und schaffe Abstand, wenn nicht Misstrauen. Somit betreffe die hoheitlich angeordnete Maskenpflicht ihren höchstpersönlichen Bereich und stelle einen Eingriff in ihre körperliche und geistige Unversehrtheit dar (Rz. 8 und 30 der Beschwerdeschrift). Grundrechtseinschränkungen bedürften einer sorgfältigen Güterabwägung. Entscheidend sei, ob die zum Schutz der öffentlichen Gesundheit vor den Risiken durch COVID-19 angeordnete Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr zur Erreichung des Ziels geeignet und erforderlich sei und ob sie auch im Sinne der Abwägung der Vor- und Nachteile dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entspreche (Rz. 10 der Beschwerdeschrift). Die mit Art. 3a Covid-19 Verordnung besondere Lage angeordnete

Maskenpflicht sei rechtswidrig, weil der Nutzen der Maskenpflicht alles andere als erwiesen sei (Rz. 11 der Beschwerdeschrift). Zudem gehe es ihnen nicht um eine Befreiung von der Maskenpflicht aus individuellen Gründen, «sondern um die Feststellung, dass schon keine rechtswirksame Verpflichtung zum Tragen einer Maske im öV vorliegt» (Rz. 25 der Beschwerdeschrift). Aus diesen Rügen geht hervor, dass die Beschwerdeführenden nicht auf einen konkreten Rechtsanwendungsakt bzw. eine Individualverfügung Bezug nehmen, sondern vielmehr die Norm als solche generell als rechtswidrig erachten. Zu Recht wendet die Vorinstanz demnach ein, dass die Beschwerdeführenden mit ihrem Antrag auf Erlass auf einer Feststellungsverfügung betreffend Befreiung von der Maskentragpflicht bei der Benützung von öffentlichen Verkehrsmitteln im Ergebnis auf eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der vom Bundesrat verordneten Massnahmen abzielen. Denn das Ziel der Beschwerdeführenden besteht darin, mit dem Instrument des Feststellungsbegehrens Art. 3a der Covid-19-Verordnung besondere Lage einer gerichtlichen Überprüfung auf seine Verfassungsmässigkeit hin zu unterziehen, und zwar generell und ohne Berufung auf einen individuell-konkreten Anwendungsfall. Mit anderen Worten beabsichtigen sie mit ihrem Feststellungsbegehren eine Rechtslage für eine (bestimmte) Vielzahl von Personen und eine unbestimmte Zahl künftiger Sachverhalte festzustellen, ohne dass sie sich auf einen konkreten Anwendungsfall in Form einer Einzelverfügung zu stützen vermöchten. Damit verfolgen sie im Ergebnis nichts anderes als eine abstrakte Normenkontrolle auf dem Weg des Begehrens um Erlass einer Feststellungsverfügung. Bei Art. 3a der Covid-19-Verordnung besondere Lage handelt es sich um eine (auf Art. 6 Abs. 2 Bst. a und b EpG gestützte und damit unselbständige) bundesrätliche Verordnung, welche als generell-abstrakte Rechtsnorm des Bundes nicht im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle überprüft werden kann (vgl. dazu E. 4.3 und 4.4 hievov). Ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse besteht für diese Konstellation nicht, denn die Bejahung des Anspruchs auf Erlass einer Feststellungsverfügung hätte im Ergebnis eine abstrakte Normenkontrolle von Art. 3a der Covid-19-Verordnung besondere Lage zur Folge, welche indes - wie vorstehend dargelegt (E. 4.6.3 hievov) - vom Verfassungs- und Gesetzgeber nicht vorgesehen ist. Die abstrakte Überprüfung von Erlassen kann vorliegend auch nicht auf dem Umweg über eine Feststellungsverfügung herbeigeführt werden (Urteil des EVG 1P.560/1999 vom 14. Februar 2000 E. 2c; BGE 108 Ib 540 E. 3; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 340 S. 122 m.w.H.). Personen, welche sich durch bundesrechtlich vorgesehene Massnahmen in ihren Grundrechten verletzt fühlen, sind vielmehr darauf angewiesen, konkrete, sie betreffende Vollzugsakte anzufechten ([zur Publikation bestimmtes] Urteil des BGer 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020 E. 9.1). Diese Grundsätze gelten auch für das BAG als Vorinstanz. Daraus folgt, dass das BAG zu Recht zum Schluss gelangt ist, dass das Rechtsbegehren der Beschwerdeführenden auf die Beantwortung einer rechtlichen Grundsatzfrage respektive auf die Klärung einer abstrakten Rechtslage (Rechtmässigkeit der angeordneten Maskenpflicht) abzielt und ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, dass für die Beschwerdeführenden keine rechtswirksame Verpflichtung zum Tragen einer Maske im öffentlichen Verkehr bestehe, zu Recht verneint hat.

E. 5.2

Die Vornahme einer vorfrageweisen (inzidenten, akzessorischen, konkreten) Normenkontrolle setzt sodann einen konkreten Rechtsanwendungsakt voraus (vgl. dazu Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, a.a.O., Rz. 2070 - 2072; vgl. zur akzessorischen Normenkontrolle der bundesrätlichen Covid-19-Verordnung elektronische Medien [SR

784.402] im Zuge der Anfechtung einer Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation vom 9. Juli 2020: Urteil A-4372/2020 E. 6.3 und 7.3 - 7.7). Eine Einzelverfügung im Sinne eines individuell-konkreten Anwendungsaktes steht hier - wie vorstehend dargelegt (E. 5.1 hievore) - offensichtlich nicht zur Beurteilung. Soweit die Beschwerdeführenden unter Hinweis auf ihre Eingaben an die Vorinstanz (Beilagen 4 und 6 zu BVGer act. 1) besondere Gründe für die Befreiung von der Maskentragpflicht geltend machen, ist ihnen entgegen zu halten, dass diese nicht auf konkret bezeichnete Personen Bezug nehmen und damit auch nicht einzelnen Beschwerdeführenden zugeordnet werden können. Auch der im vorinstanzlichen Verfahren vorgenommene pauschale Hinweis auf eine abschlägige Antwort eines Kantonsarztamtes (Eingabe an das BAG vom 21. August 2020; Beilage 6 zu BVGer act. 1; vgl. Rz. 26 der Beschwerdeschrift) begründet keinen Ersatz für die fehlende Individualverfügung. Damit steht fest, dass es an einem Vollzugsakt fehlt, welcher der von den Beschwerdeführenden geforderten akzessorischen Normenkontrolle unterzogen werden könnte.

E. 5.3

Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, bei Art. 3a der Covid-19-Verordnung besondere Lage handle es sich um eine Allgemeinverfügung respektive die Bestimmung komme einer solchen gleich (Rz. 21 der Beschwerdeschrift sowie Rz. 2 - 4 der Replik). Deshalb sei eine akzessorische Normenkontrolle der Allgemeinverfügung zulässig.

E. 5.3.1

Als Allgemeinverfügungen gelten Anordnungen, die nicht individuell-konkret, sondern generell-konkret sind, d.h. zwar einen spezifischen Sachverhalt regeln, aber eine unbestimmte Zahl von Adressaten betreffen. Die Allgemeinverfügung ist demzufolge eine Rechtsform zwischen Rechtssatz und Verfügung. Wie die Verfügung regelt sie einen konkreten Fall. Im Unterschied zu dieser richtet sie sich jedoch an einen grösseren, individuell nicht bestimmten Adressatenkreis, wobei dieser offen (unbestimmt) oder geschlossen (bestimmbar) sein kann (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 935; Markus Müller, VwVG-Kommentar, Art. 5 NN. 41 - 44). Allgemeinverfügungen werden in Bezug auf ihre Anfechtbarkeit zumindest dann wie Verfügungen behandelt, wenn sie sie ohne konkretisierende Anordnung einer Behörde angewendet und vollzogen werden können (vgl. BGE 139 V 143 E. 1.2 m.H.; [zur Publikation vorgesehenes] Urteil des BVGer C-4236 vom 22. Dezember 2020 E. 1.4). Erlasse (Rechtssätze) sind demgegenüber Anordnungen genereller und abstrakter Natur, die für eine unbestimmte Vielzahl von Menschen gelten und eine unbestimmte Vielheit von Tatbeständen regeln, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Einzelfall oder auf eine einzelne Person, d.h. die letztlich Allgemeinverbindlichkeit beanspruchen (BGE 139 V 72 E. 2.2.1 m.w.H.).

E. 5.3.2

Art. 3a Abs. 1 der Covid-19-Verordnung besondere Lage richtet sich an einen unbestimmten Adressatenkreis und ist daher zweifelsohne genereller Natur. Für die Abgrenzung der Frage des abstrakten vom konkreten Charakters ist entscheidend, ob die Anordnung eine unbestimmte Vielzahl von Tatbeständen ohne Rücksicht auf den einzelnen Fall respektive die einzelne Person regelt. Die grundsätzliche Pflicht zum Maskentragen im öffentlichen Verkehr bezieht sich auf zahlreiche verschiedene Transportmittel und zudem auf einen örtlich nicht klar abgrenzbaren Raum; sie zielt auf die Regelung einer unbestimmten Vielzahl von zukünftigen Tatbeständen und nimmt nicht Bezug auf ein

konkretes Anordnungsobjekt. Sie regelt vielmehr eine unbestimmte Vielzahl von zukünftigen Sachverhalten, welche nicht konkret bestimmt sind (vgl. dazu Tobias Jaag, Die Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt, 1985, S. 183 ff., insbesondere S. 193). Die Regelung ist daher abstrakter Natur, weshalb sie keine Allgemeinverfügung darstellt und einer solchen auch nicht gleichkommt (vgl. hierzu auch Urteil des BGer 2C_692/2020 vom 29. Oktober 2020 E. 1 [Aufhebung einer vom Departement des Inneren des Kantons Solothurn am 28. August 2020 erlassenen «Allgemeinverfügung betreffend Ausdehnung der Maskentragpflicht auf Einkaufsläden und -zentren» und Ersatz durch Erlass einer Verordnung über Massnahmen des Kantons Solothurn zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie]; vgl. dazu auch LGVE 2020 IV Nr. 11 [Bejahung des generell-abstrakten Charakters einer von der [nicht zuständigen] Dienststelle Gesundheit und Sport erlassenen «Allgemeinverfügung vom 15. Juli 2020 betreffend zusätzliche Massnahmen im Kanton Luzern zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie»]). Es steht folglich eine generell-abstrakte Norm des Bundesrates zur Diskussion, welche nach der dargelegten Rechtslage einer Überprüfung im Rahmen einer abstrakten und - mangels konkreter Verfügung - im vorliegenden Fall auch einer akzessorischen Normenkontrolle entzogen ist (vgl. auch BGE 139 V 72 E. 2.2; Urteil des BGer 2C_348/2011 vom 22. August 2011 E. 3.2; BVGE 2016/15 E. 5.1; Urteil des BVGer B-196/2018 vom 27. Mai 2019 E. 8.2.2).

E. 5.3.3

Im Übrigen sind die Beschwerdeführenden darauf hinzuweisen, dass auch die Bejahung des Charakters einer Allgemeinverfügung nicht zu einem Rechtsanspruch auf Überprüfung der bundesrätlichen Verordnungsbestimmung durch das Bundesverwaltungsgericht führen würde. Denn die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung von bundesrätlichen Verfügungen ist auf die in Art. 33 Bst. a und b VGG abschliessend aufgeführten Sachbereiche beschränkt (vgl. dazu auch Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 1.33, 1.35 und 1.38). Das Bundesverwaltungsgericht wäre dementsprechend für eine entsprechende Prüfung nicht zuständig und auf eine bei ihm erhobene Beschwerde könnte das Gericht selbst dann nicht eintreten, wenn man - der Argumentation der Beschwerdeführenden folgend - der genannten Verordnungsbestimmung den Charakter einer Allgemeinverfügung zuschreiben wollte (Art. 33 Bst. a und b VGG e contrario; vgl. dazu auch Urteil C-1828/2020 E. 2.5 m.w.H.).

E. 5.3.4

Bei diesem Ergebnis kann letztlich auch die Beantwortung der Frage offenbleiben, ob die Verordnungsbestimmung als Massnahme im Bereich der inneren und äusseren Sicherheit einzustufen ist und ob mithin die akzessorische Normenkontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht auch aus diesem Grund ausgeschlossen wäre (vgl. dazu Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG sowie Art. 83 Bst. a BGG; BGE 142 II 313 E. 4.3; BVGE 2013/33 E. 1.2; vgl. dazu auch Urteile A-4372/2020 E. 1.1 und C-1828/2020 E. 2.3; vgl. auch Thomas Häberli, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], 3. Aufl. 2018, Art. 83 N. 20; Stöckli, a.a.O., Rz. 29; David Rechsteiner, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Unter Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Zürich/St. Gallen 2016, N. 928, Ders., Polizeiliche Generalklausel und Notverordnungsrecht des Bundesrates, in: Sicherheit & Recht 3/2016, S. 151 und 154).

E. 6

Was die Beschwerdeführenden im Weiteren zur Begründung des geltend gemachten Feststellungsinteresses vorbringen, erweist sich aus den folgenden Gründen als nicht stichhaltig:

E. 6.1

Soweit sie unter Verweis auf BGE 108 Ib 540 (Rz. 20 der Beschwerdeschrift) geltend machen, dass Feststellungsbegehren auch die abstrakte Prüfung von Normen zum Gegenstand haben könnten, kann ihnen nicht gefolgt werden, da solches aus dem genannten Entscheid nicht abgeleitet werden kann. Denn das Bundesgericht hat im zitierten Entscheid nicht zur Zulässigkeit von Feststellungsbegehren im Zusammenhang mit einer abstrakten Normenkontrolle Stellung bezogen. Vielmehr drehte sich der Streit dort in erster Linie um die Frage der Zuständigkeit des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD; seit 1. Januar 2013: Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung [WBF]; BGE 108 Ib 540 E. 4a). Auch die weiteren bundesgerichtlichen Erwägungen nehmen nicht Bezug auf die abstrakte Normenkontrolle, sondern beschlagen im Gegenteil die Überprüfung von Normen im Zusammenhang mit einem konkreten Anwendungsfall (akzessorische Normenkontrolle; vgl. E. 4b und 4c des genannten Entscheids).

E. 6.2

Die Beschwerdeführenden machen überdies geltend, es sei ihnen unzumutbar, einen konkreten Rechtsanwendungsfall zu provozieren und erst auf diesem Weg eine inzidente Normenkontrolle herbeizuführen. Auch dieser Einwand erweist sich als nicht stichhaltig. Es trifft zwar zu, dass ein schützenswertes Interesse an einer Feststellungsverfügung darin bestehen kann, dank einer vorzeitigen Rechtsabklärung das Risiko nachteiliger Dispositionen zu vermeiden. Ein schützenswertes Interesse wird dabei in der Praxis insbesondere bejaht, wenn die gesuchstellende Person nur die Wahl hat, das Risiko nachteiliger Rechtsfolgen wie Strafen und andere Sanktionen einzugehen oder aber auf ein für sie unter Umständen vorteilhaftes Verhalten zu verzichten (Weber-Dürler/Kunz-Notter, VwVG-Kommentar, Art. 25 NN. 15 f. und FN 49 f.). Das Instrument der Feststellungsverfügung bezweckt in diesem Zusammenhang, dem Betroffenen eine die Behörde verpflichtende Auskunft über seine Rechtslage zu erteilen (vgl. BGE 129 III 503 E. 3.5). Sie soll interessierten Personen eine rechtliche Grundlage geben, damit diese im Hinblick auf eine unsichere Rechtslage ihre geschäftlichen oder sonstigen Dispositionen treffen können. So ist eine Feststellung namentlich dann zulässig, wenn diese komplizierte Verhältnisse und eine grosse Anzahl von Rechtsverhältnissen betrifft und wenn die Rechtsfrage wegen besonderer Verhältnisse neuartig ist. Die Feststellungsverfügung dient in diesen Fällen der Behebung einer Unklarheit über den Bestand, Nichtbestand oder Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten (vgl. BGE 132 V 257 E. 2.1; BVGE 2007/47 E. 3.2.1; Urteil B-3694/2010 E. 2.1.1). Im vorliegenden Fall ist indes nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführenden auch nicht plausibel dargelegt, worin bei der Interpretation von Art. 3a Covid-19-Verordnung besondere Lage eine Unklarheit bestehen soll und inwiefern diese mit einer Feststellungsverfügung behoben werden könnte. Es geht hier zudem auch nicht um eine Grundsatzfrage, welche aus prozessökonomischen Gründen vorweg geklärt werden müsste (vgl. dazu z.B. Urteil des BVGer A-5557/2015 vom 17. November 2015 E. 1.2.2.2). In diesem Zusammenhang wenden die Beschwerdeführenden unter Hinweis auf eine neue Lehrmeinung (Kaspar Gerber, Gedanken zum möglichen Rechtsweg, Jusletter Corona-Virus-Blog, 21. Oktober 2020)

überdies ein, es sei ihnen unzumutbar, einen rechtswegöffnenden Sanktionsfall zu provozieren, denn auf diese Weise erhielten sie nur dann Rechtsschutz, wenn sie sich dem erheblichen Risiko einer Bestrafung aussetzen würden. Dass eine vorsätzliche oder auch nur fahrlässige Missachtung der Maskentragpflicht zu Sanktionen führen kann, ist unbestritten. Allerdings besteht ein solches Risiko bei sämtlichen Sanktionen, welche das Verwaltungs- bzw. das Verwaltungsstrafrecht an die Missachtung der darin vorgesehenen Pflichten knüpft. Wollte man der Argumentation der Beschwerdeführenden folgen, liefe dies letztlich auf eine Zulassung der abstrakten Normenkontrolle einer bundesrätlichen Verordnung hinaus, welche nach dem Gesagten (vgl. E. 4.6.3 hiervor) - auch auf dem indirekten Weg über das Feststellungsbegehren - gerade nicht statthaft ist. Denn eine Bundesverordnung kann nicht jederzeit und ohne individuellen Rechtsanwendungsakt einer gerichtlichen Überprüfung auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht (Gesetz- und Verfassungsmässigkeit) unterzogen werden. Die Corona-Pandemie bietet keinen hinreichenden Anlass, auf dem Wege der Rechtsprechung eine Erweiterung der geltenden Rechtsschutzgarantie respektive eine Ausdehnung der abstrakten Normenkontrolle auf bundesrätliche Verordnungen vorzunehmen.

E. 6.3

Ferner erweist sich auch der Hinweis der Beschwerdeführenden auf BGE 132 V 166 E. 7 als nicht stichhaltig. Denn im genannten Entscheid drehte sich der Streit um die Zulässigkeit einer Klage des bisherigen Krankenversicherers auf Feststellung, dass rund 29'000 Versicherte, in deren Namen ein Verein die obligatorischen Krankenversicherungsverhältnisse gekündigt hatte, weiterhin bei ihm versichert seien. Es bestand dort eine Unsicherheit über den Bestand eines Versicherungsverhältnisses, währenddem hier eine klare generell-abstrakte Norm zur Diskussion steht.

E. 6.4

Nach dem Gesagten (E. 5.1 und 5.2 hiervor) steht fest, dass die gerichtliche Überprüfung einer bundesrätlichen Verordnung auf Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit einen konkreten Vollzugsakt erfordert. Den Beschwerdeführenden ist es in diesem Zusammenhang unbenommen, einen sie betreffenden konkreten Rechtsanwendungsakt anzufechten und im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle ihre verfassungsmässig geschützten Rechte gerichtlich überprüfen zu lassen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass eine von ihnen bei der zuständigen kantonalen Behörde beantragte Befreiung von der Maskentragpflicht (vgl. Art. 3a Abs. 1 Bst. b der Covid-19-Verordnung besondere Lage; in der ab 15. August 2020 geltenden Version; AS 2020 3547) ohne sachlich gerechtfertigten Grund abgelehnt würde. An dieser Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, dass die Zuständigkeit für den Vollzug der Verordnung und damit auch für den Erlass einer anfechtbaren Verfügung bei den entsprechenden kantonalen Behörden liegt (Art. 2 der Covid-19-Verordnung besondere Lage). Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) bleibt mithin in dieser Hinsicht ohne Weiteres gewährleistet.

E. 6.5

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführenden weder im vorinstanzlichen noch im vorliegenden Beschwerdeverfahren rechtsgenügend zu begründen vermochten, inwiefern sie in ihren tatsächlichen, wirtschaftlichen oder ideellen Interessen stärker betroffen sein sollen als alle anderen Adressaten und weshalb bei ihnen ein schutzwürdiges Interesse bzw. die besondere Beziehungsnähe zum hier zur Diskussion

stehenden Streitgegenstand (Maskentragpflicht in öffentlichen Verkehrsmitteln) bejaht werden müsste (vgl. zu diesem Erfordernis Urteil des BVGer A-549/2013 vom 4. August 2014 E. 1.4.3; Häner, Praxiskommentar, Art. 25 N. 19).

E. 7

Zusammengefasst folgt aus dem Gesagten, dass sich die Beschwerdeführenden nicht auf ein schutzwürdiges Interesse auf Erlass einer Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG zu berufen vermögen. Art. 3a der Covid-19-Verordnung besondere Lage kann als generell-abstrakte Rechtsnorm des Bundes nicht einer abstrakten Normenkontrolle unterzogen werden. Das Institut der Feststellungsverfügung darf nicht dazu verwendet werden, auf indirektem Weg die abstrakte Normenkontrolle einer bundesrätlichen Verordnung zuzulassen. Zudem stehen vorliegend weder ein individuell-konkreter Rechtsanwendungsakt noch eine Allgemeinverfügung zur Diskussion, so dass auch eine akzessorische Normenkontrolle ausscheidet. Das BAG ist folglich zu Recht auf das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführenden nicht eingetreten. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen und die angefochtene Verfügung vom 11. September 2020 ist zu bestätigen.

E. 8.1

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Verfahrenskosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind unter Berücksichtigung des Streitwerts sowie des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung sowie der finanziellen Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) auf Fr. 8'000.- festzusetzen. Der einbezahlte Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

E. 8.2

Den Beschwerdeführenden ist bei diesem Verfahrensausgang keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die obsiegende Vorinstanz hat als Bundesbehörde ebenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Für das Urteilsdispositiv wird auf die nächste Seite verwiesen).

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