

## Urteilkopf

147 I 478

36. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Regierungsrat des Kantons Schwyz (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021

**Regeste (de):**

Art. 42 Abs. 2 und Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG; Art. 36 Abs. 1, Art. 46 Abs. 1 und Art. 118 Abs. 2 lit. b BV; Art. 40 und Art. 75 EpG; Art. 2 und 8 Covid-19-Verordnung besondere Lage; § 47, 49, 50, 56, 59 KV/SZ; abstrakte Normenkontrolle; Legitimation; schutzwürdiges Interesse; Anfechtungsobjekt; Beschwerdebegründung; Covid-19-Massnahmen; innerkantonale Zuständigkeit; Gewaltenteilung.

Legitimation zur Anfechtung eines kantonalen Erlasses. Begriff des schutzwürdigen Interesses. Voraussetzungen, unter denen das Bundesgericht auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses verzichtet (E. 2.2).

Anfechtungsobjekt ist der kantonale Erlass in der Fassung zum Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung (E. 2.3).

Die Begründung muss in der Beschwerdeschrift enthalten sein; es genügt nicht, eine öffentliche Verhandlung zu verlangen, um die Begründung dort nachzuschieben (E. 2.4).

Die angefochtene Verordnung ist als Vollzugsverordnung gestützt auf Art. 40 EpG zu qualifizieren, zu deren Erlass der Regierungsrat des Kantons Schwyz zuständig ist (E. 3).

**Regeste (fr):**

Art. 42 al. 2 et art. 89 al. 1 let. c LTF; art. 36 al. 1, art. 46 al. 1 et art. 118 al. 2 let. b Cst.; art. 40 et art. 75 LEp; art. 2 et 8 Ordonnance COVID-19 situation particulière; § 47, 49, 50, 56, 59 Cst./SZ; contrôle abstrait des normes; qualité pour recourir; intérêt digne de protection; objet de la contestation; motivation du recours; mesures COVID-19; compétence intracantonale; répartition des pouvoirs.

Qualité pour recourir contre un acte normatif cantonal. Notion d'intérêt digne de protection. Conditions dans lesquelles le Tribunal fédéral renonce à exiger un intérêt pratique actuel au recours (consid. 2.2).

L'objet de la contestation constitue l'acte normatif cantonal tel qu'en vigueur au moment du dépôt du recours (consid. 2.3).

Le mémoire de recours doit comporter une motivation; il ne suffit pas d'exiger un débat public dans le but d'en développer une a posteriori

**Regesto (it):**

Art. 42 cpv. 2 e art. 89 cpv. 1 lett. c LTF; art. 36 cpv. 1, art. 46 cpv. 1 e art. 118 cpv. 2 lett. b Cost.; art. 40 e art. 75 LEp; art. 2 e art. 8 Ordinanza COVID-19 situazione particolare; § 47, 49, 50, 56, 59 Cost./SZ; controllo astratto delle norme; legittimazione a ricorrere; interesse degno di protezione; oggetto del litigio; motivazione del ricorso; misure COVID-19; competenza intracantonale; separazione dei poteri.

Legittimazione a ricorrere contro un atto normativo cantonale. Nozione d'interesse degno di protezione. Condizioni alle quali il Tribunale federale rinuncia ad esigere un interesse pratico e attuale a ricorrere (consid. 2.2).

Oggetto di disamina è l'atto normativo cantonale in vigore al momento dell'inoltro del ricorso

(consid. 2.3).

L'allegato ricorso deve contenere una motivazione; non è sufficiente chiedere un dibattito pubblico nell'intento di presentarne una successivamente (consid. 2.4).

L'ordinanza impugnata va considerata come un'ordinanza di esecuzione fondata sull'art. 40 LEp, di competenza del Consiglio di Stato del Cantone di Svitto (consid. 3).

Erwägungen ab Seite 480

BGE 147 I 478 S. 480

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 (...)

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; BGE 145 I 26 E.1.2). Der Beschwerdeführer ist als Einwohner des Kantons Schwyz von der angefochtenen Verordnung (Verordnung des Kantons Schwyz vom 14. Oktober 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie [RRB 739/2020; GS 26-21; SRSZ 571.212]) grundsätzlich berührt. Das schutzwürdige Interesse (Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG) 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; BGE 142 I 135 E. 1.3.1; BGE 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).

2.3

2.3.1 Die angefochtene Verordnung wurde seit ihrem Erlass mehrmals geändert (nicht publ. Bst. 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.

BGE 147 I 478 S. 481

2 Sie legt die Zuständigkeiten fest und regelt den Vollzug.

3 Die Massnahmen dienen dazu, die Verbreitung des Coronavirus (Covid-19) zu verhindern, Übertragungsketten zu unterbrechen und besonders gefährdete Personen zu schützen. II. Massnahmen

(§ 2 und 3 aufgehoben).

§ 4 Schulen

An den Schulen gelten die Vorgaben des Bildungsdepartementes. III. Zuständigkeiten

§ 5 Kontrollen und Vollzugshilfe

a) Kantonale Behörden

1 Die Kantonspolizei und das Amt für Arbeit:

a) kontrollieren die Einhaltung der gestützt auf die Epidemien- und Covid-19-Gesetzgebung angeordneten Massnahmen in ihrem Zuständigkeitsbereich; b) koordinieren ihre Kontrollmassnahmen und Vollzugstätigkeiten untereinander und in Absprache mit dem Departement des Innern; c) erlassen

unter Vorbehalt anderer Zuständigkeiten die erforderlichen Verfügungen und Anordnungen. 2 Die Kantonspolizei ist insbesondere für die Kontrolle von Bar- und Clubbetrieben, Veranstaltungen sowie Kundgebungen zuständig. 3 Das Amt für Arbeit ist insbesondere für die Kontrolle von gewerblichen und industriellen Betrieben, Gastronomiebetrieben sowie von Skibetrieben und Wintersportorten zuständig. § 5a b) Kommunale Behörden

1 Die Bezirke und Gemeinden unterstützen die kantonalen Behörden bei der Kontrolle und beim Vollzug der Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie. 2 Sie setzen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten, namentlich beim gesteigerten Gemeindegebrauch, die Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie um. § 5b c) Apotheker

1 Apotheker, die nach § 15 Abs. 3 der Gesundheitsverordnung vom 23. Dezember 2003 (GesV) über eine Bewilligung des Amtes für Gesundheit und Soziales verfügen, sind berechtigt, ohne ärztliche Verschreibung an gesunden Personen ab 16 Jahren Impfungen gegen Covid-19 vorzunehmen. 2 Mit Bewilligung der Kantonsapothekerin dürfen sie den technischen Impfvorgang unter ihrer fachlichen Aufsicht an geschultes Personal im Sinne von § 25 Abs. 2 des Gesundheitsgesetzes vom 16. Oktober 2002 (GesG) delegieren.

BGE 147 I 478 S. 482

3 Die Kantonsapothekerin kann Weisungen über Covid-19-Impfungen in Apotheken erlassen. IV. Schlussbestimmungen

§ 6 Strafbestimmungen

Widerhandlungen gegen die Vorschriften dieser Verordnung können gemäss Art. 83 Abs. 1 Bst. j und Abs. 2 EpG strafrechtlich geahndet werden, sofern nicht das Ordnungsbussenverfahren zur Anwendung gelangt.

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 streitbetreffenden Verordnungen durch alle Instanzen hindurch zu erwirken. Es rechtfertigt sich daher, auf das Erfordernis des aktuellen Interesses zu verzichten und auf die Beschwerde einzutreten, unter Vorbehalt des Folgenden:

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

BGE 147 I 478 S. 483

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.

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).

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. (...)

3. Der Beschwerdeführer rügt, der Regierungsrat sei zum Erlass der angefochtenen Verordnung nicht zuständig gewesen: Die in der BGE 147 I 478 S. 484

Verordnung vorgesehenen Grundrechtseingriffe bedürften einer gesetzlichen Grundlage, wofür nach § 49 und 50 der Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 (KV/SZ; SR 131.215) nur der Kantonsrat zuständig sei. Der Regierungsrat berufe sich richtigerweise auch nicht auf § 62 KV/SZ. Schliesslich sei Art. 40 des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101), den der Regierungsrat als Grundlage der Verordnung anführe, keine Ermächtigung für den Regierungsrat.

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

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; BGE 138 I 196 E. 4.1; BGE 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; BGE 142 I 26 E. 3.3; BGE 130 I 1 E. 3.1; BGE 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; BGE 138 I 196 E. 4.1).

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; BGE 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 BGE 147 I 478 S. 485

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; BGE 143 I 310 E. 3.3.1; BGE 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 147 I 103 E. 14.2; BGE 139 I 280 E. 5.1). Das formelle Gesetz muss selber die erforderliche Bestimmtheit aufweisen; auch wenn es den Inhalt der zulässigen Grundrechtseingriffe nicht detailliert regeln muss, hat sich dieser doch aus dem Gesetz zu ergeben bzw. muss unmittelbar darauf zurückgeführt werden können (BGE 143 I 253 E. 6.1 und 6.3). Das 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; BGE 143 I 253 E. 6.1; BGE 141 I 201 E. 4.1; BGE 139 I 280 E. 5.1; BGE 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; BGE 143 I 310 E. 3.3.1; BGE 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; BGE 136 I 87 E. 3.1; BGE 128 I 327 E. 4.2).

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 BGE 147 I 478 S. 486

2020) ein schwerer Eingriff in die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV; BGE 142 I 121 E. 3.3; BGE 132 I 49 E. 7.2 e contrario; BGE 103 Ia 310 E. 3b; vgl. ZÜND/ERRASS, Pandemie - Justiz - Menschenrechte, in: Pandemie und Recht, Sondernummer ZSR 2020 S. 69 ff., 85; PATRICE MARTIN ZUMSTEG, in: COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Helbing Lichtenhahn Verlag [Hrsg.], 2020, S. 802 ff.). Es setzt somit eine formell-gesetzliche Grundlage voraus.

3.3 Die angefochtene Verordnung stützt sich gemäss ihrem Ingress auf Art. 40 EpG sowie Art. 2 und 8 der Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26). 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. 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 innerkantonal 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 BGE 147 I 478 S. 487

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).

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/SZ 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 ( BGE 131 I 291 E. 2.5.3 und 2.6; BGE 130 I 140 E. 5.3). 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.

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

BGE 147 I 478 S. 488

"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 Epidemiegengesetz 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/SZ 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: Kommentar der Kantonsverfassung Luzern, Richli/Wicki [Hrsg.], 2010, N. 13 und 22 zu § 56 KV/LU). 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 Epidemiegengesetzes. Der Regierungsrat war somit zum Erlass der Verordnung zuständig, wenn sich diese als Vollzugsverordnung zum EpG qualifizieren lässt.

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; BGE 142 I 177 E. 4.2; BGE 125 I 449 E. 3b/bb), die gegebenenfalls auf formellgesetzlicher Ebene erfolgen muss. Zu prüfen ist somit, ob Art. 40 EpG selber eine

BGE 147 I 478 S. 489

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.

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; BGE 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 [Epidemieverordnung, EpV; SR 818.101.1]). Die Botschaft zum EpG ist davon ausgegangen, dass das Bundesgesetz selber die

erforderliche gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe schafft (Botschaft vom 3. Dezember 2010 zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen, BBl 2011 445).

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; BGE 111 Ia 231 E. 5a sowie Urteil 2A.276/1989 vom 13. November 1992 E. 2c und 3).

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 BGE 147 I 478 S. 490

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; 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 materielle rechtliche 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]).

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.

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; BGE 139 II 460 E. 2.1 und 2.2; BGE 124 I 127 E. 3b).  
BGE 147 I 478 S. 491

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 offenbleiben. 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).

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

3.8.1 Das betrifft zunächst die Einschränkungen von Veranstaltungen (§ 5 der Verordnung in der Fassung vom 25. Oktober und BGE 147 I 478 S. 492

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).

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.

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.

BGE 147 I 478 S. 493

Offensichtlich beabsichtigt die Verordnung nicht, eigene kantonale rechtliche 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.

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.