



Livio Bundi

Dr. iur., CAS MedLaw. Rechtsanwalt
Telefon +41 58 258 10 00
livio.bundi@bratschi.ch

Abstrakte Kontrolle von bundesrätlichen Verordnungen – formalistische Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Im Urteil C-5074/2020 vom 25. Mai 2021 beschäftigte sich das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) mit der Frage, ob das Bundesamt für Gesundheit (BAG) auf ein Feststellungsgesuch von Privatpersonen zu Recht nicht eingetreten ist. Die Privatpersonen waren an das BAG gelangt mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass sie nicht verpflichtet seien, bei der Nutzung des öffentlichen Verkehrs eine Gesichtsmaske zu tragen, wie dies in der COVID-19-Verordnung besondere Lage vorgeschrieben wird.

Das BVGer hält in seiner Entscheidung zunächst fest, dass Verordnungen des Bundesrates als generell-abstrakte Rechtsnormen des Bundes von den Rechtsanwendungsbehörden im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle nicht überprüft werden können. Eine bundesrätliche Verordnung könne nur vorfrageweise im Rahmen eines konkreten Rechtsanwendungsaktes auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden. Aus den Rügen der Beschwerdeführer gehe hervor, dass sie nicht einen konkreten Rechtsanwendungsakt, sondern vielmehr die Norm als solche generell als rechtswidrig erachten. Der Antrag auf Erlass auf eine Feststellungsverfügung betreffend Befreiung von der Maskenpflicht bei der Benützung des ÖV ziele im Ergebnis auf eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der vom Bundesrat verordneten Massnahmen ab. Es bestehe mithin kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse, zumal die Bejahung des Anspruchs auf Erlass einer Feststellungsverfügung im Ergebnis eine (unzulässige) abstrakte Normenkontrolle zur Folge hätte.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich sodann mit der Frage zu befassen, ob es sich bei der Maskenvorschrift in der COVID-19-Verordnung besondere Lage nicht um eine Allgemeinverfügung handle. Dabei stand die Abgrenzung des abstrakten zum konkreten Charakter im Vordergrund, wobei das BVGer festhielt, die grundsätzliche Pflicht zum Maskentragen im ÖV beziehe sich auf zahlreiche verschiedene Transportmittel und zudem auf einen örtlich nicht klar abgrenzbaren Raum und regle damit eine unbestimmte Vielzahl von zukünftigen Sachverhalten, welche nicht konkret bestimmt seien. Die Regelung stelle daher keine Allgemeinverfügung dar und komme einer solchen auch nicht gleich. Im Übrigen sei die Zuständigkeit des BVGer zur Überprüfung von bun-

desrätlichen Verfügungen ohnehin auf die in Art. 33 Bst. a lit. a und b VGG abschliessend aufgeführten Sachbereiche beschränkt, weshalb das BVGer auch bei Vorliegen einer Allgemeinverfügung für eine entsprechende Prüfung nicht zuständig wäre.

Das Bundesverwaltungsgericht zeigt mit seiner Rechtsprechung, dass Rechtsschutz gegenüber in Bundesratsverordnungen angeordneten Massnahmen nur im Rahmen eines konkreten Rechtsanwendungsaktes besteht. Dies Sichtweise erweist sich vor allem vor dem Hintergrund der zahlreichen in der Corona-Pandemie angeordneten freiheitsbeschränkenden Massnahmen als zu formalistisch. Die problematische Folge dieser Rechtsprechung ist, dass der Einzelne sich zunächst der Strafbarkeit aussetzen muss (z.B. Busse bei Nichttragen einer Maske im ÖV), bevor ihm der Rechtsschutz offensteht. Ein solcher Zugang zum Rechtsschutz ist jedoch vor dem Hintergrund von Art. 29a BV nicht zumutbar. Es wäre begrüßenswert, wenn die zuständigen kantonalen Behörden im Ausgleich zur Praxis des BVGer eine grosszügigere Praxis mit Feststellungsverfügungen verfolgen.