

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



2C_183/2021

Urteil vom 23. November 2021

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz,
Bundesrichterin Hänni,
Bundesrichter Beusch,
Gerichtsschreiberin Ivanov.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Fürsprecher Patrik Kneubühl,

gegen

Regierungsrat des Kantons Bern,
Staatskanzlei, Postgasse 68, 3000 Bern 8,
handelnd durch Kanton Bern, Bildungs- und Kulturdirektion, Rechtsdienst, Sulgeneckstrasse 70, 3005
Bern.

Gegenstand

Epidemiengesetz, Verordnung [des Regierungsrats des Kantons Bern] über Massnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Epidemie vom 4. November 2020, Beschwerde gegen die Verordnungsänderung des Regierungsrats des Kantons Bern vom 3. Februar 2021 (Maskentragpflicht ab 5. Schuljahr der Primarschule).

Sachverhalt:

A.

Der Bundesrat erliess am 19. Juni 2020 die (alte) Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; AS 2020 2213; in Kraft bis 25. Juni 2021). Mit Änderung vom 28. Oktober 2020 (AS 2020 4503) wurden unter anderem folgende Änderungen betreffend Maskenpflicht eingefügt:

Art. 3b Personen in öffentlich zugänglichen Bereichen von Einrichtungen und Betrieben und in Zugangsbereichen des öffentlichen Verkehrs

1 Jede Person muss in öffentlich zugänglichen Innenräumen und Aussenbereichen von Einrichtungen und Betrieben, einschliesslich Märkten, sowie in Wartebereichen von Bahn, Bus und Tram und in Bahnhöfen, Flughäfen und anderen Zugangsbereichen des öffentlichen Verkehrs eine Gesichtsmaske tragen.

2 Folgende Personen sind von dieser Pflicht ausgenommen:

a. Kinder vor ihrem 12. Geburtstag;

-..

Art. 6d Besondere Bestimmungen für Bildungseinrichtungen

1....

2 Jugendliche in Schulen der Sekundarstufe II sowie deren Lehrpersonen und weiteres in diesen Schulen tätiges Personal müssen bei Präsenzveranstaltungen eine Gesichtsmaske tragen. Ausgenommen sind Situationen, in denen das Tragen einer Maske den Unterricht wesentlich erschwert.

3....

B.

Am 4. November 2020 erliess der Regierungsrat des Kantons Bern die Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19 V; BSG 815.123; BAG 20-113; nachfolgend: Covid-19 V/BE). Ihre Art. 9 und 10 lauteten wie folgt:

Art. 9 Grundsatz

1 In Ergänzung zu Artikel 3b der Covid-19-Verordnung besondere Lage muss jede Person in allen Innenräumen von Schulen eine Gesichtsmaske tragen.

Art. 10 Geltungsbereich

1 Diese Pflicht gilt in Schulen gemäss der Volksschulgesetzgebung, der Mittelschulgesetzgebung, der Gesetzgebung über die Berufsbildung, die Weiterbildung und die Berufsberatung sowie der Musikschulgesetzgebung.

2 Diese Pflicht gilt nicht

a für Schülerinnen und Schüler im Kindergarten und auf der Primarstufe,

b für Personen, die nachweisen können, dass sie aus besonderen Gründen, insbesondere medizinischen, keine Gesichtsmasken tragen können, wobei andere, geeignete Massnahmen zum Schutz vor Ansteckung zu treffen sind,

c für alle Personen in Situationen, in denen das Tragen einer Gesichtsmaske den Unterricht wesentlich erschwert, wobei andere, geeignete Massnahmen zum Schutz vor Ansteckung zu treffen sind.

C.

Am 3. Februar 2021 änderte der Regierungsrat die Covid-19 V/BE (BAG 21-010). Dabei wurde unter anderem Art. 10 Abs. 2 lit. a wie folgt geändert:

Art. 10 Abs. 2

2 Diese Pflicht gilt nicht

a (geändert) für Schülerinnen und Schüler im Kindergarten und im ersten bis vierten Schuljahr der Primarstufe,

D.

Am 17. Februar 2021 erhob A. _____ Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht mit dem Antrag, Art. 10 Abs. 2 lit. a der Covid-19 V/BE sei aufzuheben und durch eine bundesrechtskonforme Regelung zu ersetzen. Zudem beantragt sie aufschiebende Wirkung. Das Bundesamt für Gesundheit "unterstützt die Ausführungen der Vorinstanz" und verzichtet auf weitere Bemerkungen. Die Bildungs- und Kulturdirektion des Kantons Bern beantragt namens des Regierungsrats, die Beschwerde sei abzuweisen. A. _____ und die Bildungs- und Kulturdirektion halten mit Replik und Duplik an ihren Anträgen fest.

Mit Verfügung des Präsidenten der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 22. März 2021 wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen.

E.

Die Änderung von Art. 10 Covid-19 V/BE war zunächst bis am 23. Februar 2021 befristet. Sie wurde in der Folge wiederholt verlängert, nämlich zunächst bis 31. März 2021 (BAG 21-015), dann bis 30. April 2021 (BAG 21-025), bis 31. Mai 2021 (BAG 21-034) und bis 10. Juli 2021 (BAG 21-047). Mit Verordnungsänderung vom 24. Juni 2021 (BAG 21-054) wurde Art. 10 der Covid-19 V/BE aufgehoben, mit Inkrafttreten am 26. Juni 2021.

Erwägungen:

1.

1.1. Da der Kanton Bern gegen Verordnungen des Regierungsrats keine abstrakte Normenkontrolle auf kantonaler Ebene kennt (Art. 74 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b e *contrario* des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern [VRPG/BE; BSG 155.21]; RUTH HERZOG, in: Ruth Herzog/Michel Daum [Hrsg.], Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl. 2020, N. 13 und 86 ff. zu Art. 74 VRPG/BE), ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht direkt gegen den angefochtenen Erlass zulässig (Art. 82 lit. b und

Art. 87 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist form- (Art. 42 BGG) und fristgerecht (Art. 101 BGG) erhoben worden. Die Beschwerdeführerin ist als sorge- und obhutsberechtigter Mutter einer Tochter, welche die fünfte Primarklasse besucht, von der angefochtenen Verordnungsbestimmung besonders berührt und zur Beschwerde grundsätzlich legitimiert (Art. 89 Abs. 1 lit. b BGG; Art. 304 Abs. 1 ZGB).

1.2. 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; **142 I 135** E. 1.3.1; **139 I 206** E. 1.1). Das Bundesgericht kann dabei die Überprüfung auf diejenigen Streitfragen beschränken, die sich in Zukunft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit wieder stellen werden (**BGE 131 II 670** E. 1.2).

1.3. Die im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung geltende Maskenpflicht für Schülerinnen und Schüler der fünften und sechsten Primarstufe wurde am 26. Juni 2021 aufgehoben und ist in der aktuellen Fassung der Verordnung nicht mehr enthalten. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Kritik an der angefochtenen Bestimmung ist aber von grundsätzlicher Bedeutung und könnte auch für weitere zu erlassende Massnahmen aktuell werden. 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.

1.4. Die angefochtene Ordnungsänderung war bis am 23. Februar 2021 befristet. Sie wurde zwar in der Folge mehrmals verlängert (vgl. vorne lit. E). Anfechtungsgegenstand vor Bundesgericht ist aber nur die Verordnung vom 3. Februar 2021. Die danach erfolgten Verlängerungen hätten selbständig beim Bundesgericht angefochten werden müssen, was nicht geschehen ist. Auf sie ist deshalb nicht näher einzugehen (vgl. Urteile 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 1.3.2; 2C_8/2021 vom 25. Juni 2021 E. 2.3.2; jeweils zur Publikation vorgesehen). Zu beurteilen ist daher nur, ob die vom 3. bis zum 23. Februar 2021 geltende Maskenpflicht rechtmässig ist.

2.

Mit der angefochtenen Änderung von Art. 10 Abs. 2 lit. a Covid-19 V/BE wurde die Maskenpflicht, die nach der ursprünglichen Fassung für Schülerinnen und Schüler im Kindergarten und auf der Primarstufe nicht galt, auf Schülerinnen und Schüler der fünften und sechsten Primarstufe ausgedehnt.

2.1. Der Kanton hat diese Massnahme damit begründet, seit einigen Wochen würden auch im Kanton Bern die ansteckenderen Coronavirus-Varianten auftreten. Um den Kreis der potenziell angesteckten Personen und das Ansteckungsrisiko an Schulen weiter zu reduzieren, sollen die Massnahmen auf die Schülerinnen und Schüler im fünften und sechsten Schuljahr erweitert werden, um temporäre Schulschliessungen von Klassen und ganzen Schulen möglichst zu verhindern und den Präsenzunterricht möglichst lange aufrecht zu erhalten (Vortrag der Staatskanzlei und der Bildungs- und Kulturdirektion für die Regierungsratssitzung vom 3. Februar 2021, S. 1 f.).

2.2. In der Vernehmlassung führt der Kanton weiter aus, es sei davon ausgegangen worden, dass die neuen Varianten sowohl bei Erwachsenen wie bei Kindern mit einer höheren Ansteckungsrate assoziiert werden; die neusten Analysen bestätigten sowohl bei Erwachsenen als auch bei Kindern eine erhöhte Ansteckungsrate bei der Virusvariante B.1.1.7. Zudem seien vom Bund die Quarantäne-Vorschriften verschärft worden. Im Januar 2021 hätten aufgrund von Ansteckungen mit den neuen Virusvarianten die Schulen in Wengen, Bremgarten und Wangen a.A. geschlossen werden müssen. Noch vor dem Inkrafttreten der Maskentragpflicht hätten sodann am 5. Februar die Primarschulen Köniz-Buchsee und Trubschachen und am 11. Februar 2021 zudem die Primarschule Rüfenacht aufgrund gehäuft aufgetretener Covid-19-Fälle vorübergehend geschlossen werden müssen. Die Maskentragpflicht sei eine geringere Einschränkung als die Schliessung von Schulen. Auch wenn Kinder nach einer Ansteckung häufig keine oder nur milde Symptome haben und keine Treiber der Krankheit sind, wären sie doch in hohem Masse betroffen, wenn Schulen geschlossen werden müssten. Zudem träfen in Schulen viele Kinder und auch Erwachsene auf engem Raum aufeinander, womit sich das Ansteckungsrisiko erhöhe. Kinder könnten das

Virus auch im privaten Umfeld, in dem sich möglicherweise vulnerable Personen befinden, weiterverbreiten. Masken könnten Kinder und andere Personen in ihrer Umgebung vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus schützen. Das Maskentragen stelle für gesunde Kinder keine Gesundheitsgefährdung dar. Zudem sehe Art. 10 Abs. 2 lit. b Covid-19 V/BE eine Ausnahme von der Maskenpflicht vor für Personen, die aus besonderen Gründen, insbesondere medizinischen, keine Maske tragen können. Der Kanton beruft sich darauf, pädiatrie schweiz, die Fachgesellschaft der FMH für Kinder- und Jugendmedizin, unterstütze mittlerweile die Maskentragpflicht für Kinder des fünften und sechsten Schuljahres, sofern es die epidemiologische Lage erfordere; das Maskentragen sei gesundheitlich unbedenklich. Die gleiche Meinung vertrete auch der Berufsverband Kinderärzte Schweiz. Auch die Weltgesundheitsorganisation empfehle das Maskentragen für Kinder im Alter zwischen sechs und elf Jahren, soweit es die epidemiologische Lage erfordere.

2.3. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 11 BV, Art. 19 und 296 ZGB sowie des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 BV). Die Maskenpflicht, von der nur durch ärztliches Zeugnis dispensiert werden könne, missachte die elterliche Sorge. Der Bund habe die Pflicht zum Tragen von Gesichtsmasken im Bildungsbereich abschliessend geregelt, so dass kein Raum für verschärfende Bestimmungen einzelner Kantone bestehe. Zudem macht sie geltend, der angefochtene Erlass sei unverhältnismässig und liege nicht im öffentlichen Interesse.

3.

3.1. Zunächst ist auf die Rüge der Verletzung des Vorrangs des Bundesrechts einzugehen. Soweit die Beschwerdeführerin in der Replik zudem eine Verletzung des Legalitätsprinzips geltend macht, weil der Regierungsrat gar nicht zuständig sei, mittels Verordnung in Grundrechte einzugreifen, ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerderügen in der innert Beschwerdefrist (Art. 101 BGG) einzureichenden Beschwerdeschrift selber enthalten sein müssen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG). Ein zweiter Schriftenwechsel dient nur dazu, auf die Vorbringen der Gegenpartei einzugehen, aber nicht dazu, neue Anträge oder Rügen vorzubringen (vgl. **BGE 135 I 19** E. 2.2; **134 IV 156** E. 1.7). Die Rüge ist ohnehin gegenstandslos, wenn sich erweist, dass sich die angefochtene Bestimmung auf das EpG stützen lässt.

3.2. Nach dem Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) können die Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen, soweit sie nicht in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind. Auch wenn sich eine Bundesregelung in einem bestimmten Sachbereich an sich als abschliessend darstellt, ist eine kantonale Lösung nicht ausgeschlossen, falls sie ein anderes Ziel verfolgt als dasjenige des Bundesrechts. Die Kantone dürfen jedoch im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln (**BGE 145 IV 10** E. 2.1; **142 II 369** E. 5.2).

3.3. Art. 118 Abs. 2 lit. b BV überträgt dem Bund eine umfassende, nachträglich derogatorische Zuständigkeit für die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren (**BGE 139 I 242** E. 3.1; **133 I 110** E. 4.2). Unter anderem gestützt auf diese Bestimmung erliess der Bundesgesetzgeber das Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (EpG; SR 818.101). Das 5. Kapitel des Gesetzes ("Bekämpfung") sieht in seinem ersten (Art. 30-39) und zweiten Abschnitt (Art. 40) Massnahmen vor, welche die zuständigen kantonalen Behörden anordnen können. In der besonderen Lage kann der Bundesrat nach Anhörung der Kantone bestimmte Massnahmen anordnen (Art. 6 Abs. 2 EpG). In der ausserordentlichen Lage kann der Bundesrat für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen (Art. 7 EpG). Der Vollzug des Gesetzes obliegt den Kantonen, soweit nicht der Bund zuständig ist (Art. 75 EpG), auch für die vom Bundesrat nach Art. 6 oder 7 EpG erlassenen Massnahmen (Art. 102 Abs. 2 der Verordnung vom 29. April 2015 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen [Epidemienverordnung, EpV; SR 818.101.1]). Aus dieser gesetzlichen Regelung ergibt sich, dass grundsätzlich sowohl die Kantone als auch (in der besonderen und ausserordentlichen Lage) der Bundesrat Massnahmen zur Bekämpfung ansteckender Krankheiten anordnen können.

3.4. Die Covid-19 V/BE stützt sich gemäss ihrem Ingress unter anderem auf die Art. 40 Abs. 2 EpG sowie auf die Art. 2 und 8 der Covid-19-Verordnung besondere Lage. Nach Art. 40 Abs. 2 lit. b EpG können die Kantone insbesondere Schulen schliessen oder Vorschriften zum Betrieb verfügen. Wie das Bundesgericht im Urteil 2C_8/2021 vom 25. Juni 2021 E. 3.6-3.8 (zur Publikation vorgesehen) entschieden hat, ist Art. 40 Abs. 2 EpG eine hinreichende formellgesetzliche Grundlage für die darin genannten Massnahmen, insbesondere für Verbote oder Einschränkungen von Veranstaltungen. Eine zusätzliche formell-gesetzliche Grundlage auf kantonaler Ebene ist nicht erforderlich (vgl. auch Urteil 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.2, zur Publikation vorgesehen). Dasselbe gilt für die Pflicht, in Einkaufsläden Masken zu tragen, da dies

ein milderes Mittel ist als die in Art. 40 Abs. 2 lit. b EpG vorgesehene Schliessung von Betrieben (Urteil 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 E. 5.1.3, zur Publikation vorgesehen). Für die Maskentragpflicht in Schulen kann nichts anderes gelten. Im Lichte des verfassungsmässigen Anspruchs auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV) ist sie ein milderes Mittel als die Schliessung von Schulen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann somit grundsätzlich auch von einer kantonalen Exekutivbehörde gestützt auf Art. 40 EpG auf Verordnungsebene die Maskenpflicht eingeführt werden.

3.5. Die Beschwerdeführerin macht jedoch geltend, der Bund habe im Bereich der Verpflichtung zum Tragen der Gesichtsmasken im Bildungsbereich eine abschliessende Regelung erlassen, die keinen Raum lasse für anderslautende, verschärfte Bestimmungen. Gemäss Art. 6d der bundesrätlichen Verordnung gelte die Pflicht zum Maskentragen nur für Schülerinnen und Schüler der Sekundarstufe II. Schon die ursprüngliche Fassung der bernischen Covid-19 V, welche die Maskentragpflicht auf Schülerinnen und Schüler ab der 7. Klasse ausgeweitet habe, sei bundesrechtswidrig gewesen; erst recht gelte das für die Ausweitung der Maskenpflicht auf das fünfte und sechste Schuljahr. Der Kanton könne sich auch nicht auf Art. 3b der eidgenössischen Verordnung stützen, da Art. 6d im Bildungsbereich als *lex specialis* dem Art. 3b vorgehe. Zudem wäre auch nach Art. 3b die Maskenpflicht erst ab dem 12. Lebensjahr möglich, nicht bereits ab dem 5. Schuljahr.

3.6. Die angefochtene Bestimmung steht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht im Widerspruch zu Art. 3b Abs. 2 lit. a der (alten) eidgenössischen Verordnung, wonach die Maskentragpflicht auf Kinder über 12 Jahre beschränkt ist. Denn Art. 3b gilt nur für öffentlich zugängliche Bereiche von Einrichtungen und Betrieben und für Zugangsbereiche des öffentlichen Verkehrs; Schulen sind nicht öffentlich zugänglich. Für Bildungseinrichtungen ist stattdessen Art. 6d massgebend. Nach dessen Abs. 2 müssen Jugendliche in Schulen der Sekundarstufe II sowie deren Lehrpersonen und weiteres in diesen Schulen tätiges Personal bei Präsenzveranstaltungen eine Gesichtsmaske tragen. Die angefochtene bernische Verordnung dehnt den Geltungsbereich der Maskentragpflicht darüber hinaus auf Kinder der fünften und sechsten Primarklasse aus. Der Kanton beruft sich dafür auf Art. 8 Covid-19-Verordnung besondere Lage.

Dieser lautete in der Fassung vom 4. Dezember 2020 (Inkrafttreten 9. Dezember 2020, AS 2020 5189) wie folgt:

Art. 8 Zusätzliche Massnahmen der Kantone

1 Der Kanton trifft zusätzliche Massnahmen nach Artikel 40 EpG, wenn:

a. die epidemiologische Lage im Kanton oder in einer Region dies erfordert; er beurteilt die Lage namentlich aufgrund folgender Indikatoren und ihrer Entwicklung:

1. Inzidenz (7-Tage, 14-Tage),
 2. Anzahl Neuinfektionen (pro Tag, pro Woche),
 3. Anteil positiver Tests an der Gesamtzahl durchgeführter Tests (Positivitätsrate),
 4. Anzahl durchgeführter Tests (pro Tag, pro Woche),
 5. Reproduktionszahl,
 6. Kapazitäten im stationären Bereich sowie Anzahl neu hospitalisierter Personen (pro Tag, pro Woche), einschliesslich solcher in der Intensivpflege;
- b. er aufgrund der epidemiologischen Lage nicht mehr die notwendigen Kapazitäten für die erforderliche Identifizierung und Benachrichtigung ansteckungsverdächtiger Personen nach Artikel 33 EpG bereitstellen kann.

2 Er gewährleistet dabei namentlich die Ausübung der politischen Rechte sowie der Glaubens- und Gewissensfreiheit.

3 Er hört vorgängig das BAG an und informiert dieses über die getroffenen Massnahmen.

Aus Art. 8 der Covid-19-Verordnung besondere Lage ergibt sich somit ausdrücklich, dass der Kanton unter den darin genannten Voraussetzungen auch *zusätzliche* Massnahmen treffen kann, d.h. solche, die über das hinausgehen, was der Bundesrat in den vorangehenden Bestimmungen der Verordnung angeordnet hat.

3.7. Das Bundesgericht hat eine solche Kompetenz der Kantone bejaht für Einschränkungen von Veranstaltungen, welche über die bundesrechtlichen Einschränkungen hinausgehen, sofern die Voraussetzungen von Art. 8 der Covid-19-Verordnung besondere Lage eingehalten sind (vgl. Urteile 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 5.5.3; 2C_290/2021 vom 3. September 2021 E. 4.6 und 4.7; 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.2; jeweils zur Publikation vorgesehen). Unter den gleichen Voraussetzungen hat das Bundesgericht ferner die Zuständigkeit der Kantone bejaht, eine Maskenpflicht für Personen über 12 Jahre in Geschäften und Supermärkten anzuordnen (vgl. Urteil 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb das nicht auch für eine Ausdehnung der Maskenpflicht an Schulen gelten soll. Der blosser Umstand, dass der Kanton Bern einschneidendere Massnahmen vorsieht als der Bundesrat oder als andere Kantone, ist für sich allein noch kein Grund, die angefochtene Regelung als bundesrechtswidrig zu bezeichnen. Der Kanton muss aber die

in Art. 8 Covid-19-Verordnung besondere Lage enthaltenen Voraussetzungen einhalten.

3.8. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dies sei nicht der Fall. Dass die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 1 *lit. b* Covid-19-Verordnung besondere Lage nicht erfüllt seien, macht sie nicht geltend. Entscheidend für die Zulässigkeit der Massnahme ist somit, ob die Voraussetzungen nach *lit. a* erfüllt sind. Die darin genannten Indikatoren sind nicht abschliessend; massgebend ist, dass die epidemiologische Lage diese Massnahmen *erfordert*. Dies fällt im Wesentlichen mit dem Kriterium der Erforderlichkeit als Teilgehalt der Verhältnismässigkeit zusammen und ist in diesem Zusammenhang zu prüfen (vgl. E. 7 hiernach; vgl. auch Urteile 2C_290/2021 vom 3. September 2021 E. 4.7; 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 5.5.4; jeweils zur Publikation vorgesehen).

4.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine Verletzung von Art. 11 Abs. 1 BV sowie von Art. 19 und 296 ZGB.

4.1. Gemäss Art. 11 Abs. 1 BV haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Das Bundesgericht hat sich zur Tragweite dieser Bestimmung in **BGE 144 II 233** E. 8.2.1 geäussert: Der Teilgehalt des besonderen Schutzes der Unversehrtheit der Kinder und Jugendlichen umfasst den Schutz ihrer körperlichen und geistigen Integrität. Mit der Verankerung als Grundrecht wird der Schutz der Kinder und Jugendlichen verfassungsrechtlich zu einem vordringlichen Anliegen bzw. zur obersten Maxime des Kindesrechts erklärt. Es soll damit die Gleichbehandlung und die Chancengleichheit der Kinder und Jugendlichen gewährleistet und der Staat verpflichtet werden, Kinder vor jeglicher Form von Gewalt und erniedrigender Behandlung zu schützen. Insofern kommt den Kindern und Jugendlichen als gesellschaftliche Gruppe "Anspruch auf einen besonderen Schutz" zu und soll eine altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit des Kindes in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht geschützt werden. Art. 11 Abs. 1 BV nimmt auch die rechtsanwendenden Instanzen in die Pflicht, insbesondere bei der Handhabung von Gesetzen, wie etwa des EpG, den besonderen Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen. Da der Verfassungsgeber mit Art. 11 BV das Ziel verfolgt hatte, die im Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107) verbrieften Rechte in der BV zu verankern, kann für die Auslegung von Art. 11 BV auch darauf zurückgegriffen werden (vgl. auch **BGE 146 IV 267** E. 3.3.1). Was der Anspruch auf einen besondere Schutz genau umfasst, kann jedoch nicht abstrakt und zeitlos bestimmt werden, sondern hängt von den jeweiligen Verhältnissen ab (**BGE 144 II 233** E. 8.2.2). Hinsichtlich der konkreten Regelung wird oft kein Idealzustand zu erreichen sein (**BGE 146 IV 267** E. 3.3.1), zumal dann nicht, wenn widerstrebende Ziele und Interessen gegeneinander abzuwägen sind. So verlangt Art. 11 BV einerseits den Schutz der Gesundheit, andererseits aber auch die Förderung der schulischen Entwicklung der Kinder. In der vorliegenden Konstellation, in welcher sich das Interesse an der Vermeidung gesundheitlicher Risiken und dasjenige an einem möglichst ungestörten Schulbetrieb gegenüber stehen, ist die abstrakte Berufung auf Art. 11 Abs. 1 BV oder Art. 3 KRK wenig hilfreich. Es geht vielmehr darum, diese gegenläufigen Interessen gegeneinander abzuwägen und zu optimieren. Das fällt im Ergebnis mit der Verhältnismässigkeitsprüfung zusammen, wie sie als Voraussetzung für einen Grundrechtseingriff (Art. 36 Abs. 3 BV) wie auch in der einfachgesetzlichen Anwendung von Art. 40 EpG vorzunehmen ist (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 40 Abs. 3 EpG).

4.2. Die Rüge der Verletzung von Art. 19 und 296 ZGB hat daneben keine eigenständige Bedeutung: Rechtmässige öffentlich-rechtliche Verpflichtungen gehen der gesetzlichen Vertretung handlungsunfähiger Personen und der elterlichen Sorge vor. Das gilt namentlich für die Schulpflicht: Zwar soll der Staat den Eltern in der Erziehung und Ausbildung der Kinder soweit als möglich ihre Freiheit belassen und das Erziehungsrecht der Eltern achten (**BGE 146 I 20** E. 5.3). Dies erlaubt den Eltern aber nicht, den Behörden in jeder Hinsicht vorzuschreiben, wie Erziehung und Ausbildung ihrer Kinder in der öffentlichen Schule zu verwirklichen sind; das Erziehungsrecht der Eltern steht unter dem Vorbehalt des kantonalen Schulrechts; die Schule kann auch gegen den Willen der Eltern den Schulbesuch bzw. schulische Massnahmen anordnen (**BGE 146 I 20** E. 5.2.2; **142 I 49** E. 8.2.1; **135 I 79** E. 7; **117 Ia 27** E. 7b), namentlich auch im Interesse des Gesundheitsschutzes (**BGE 118 Ia 427** E. 6 und 7).

5.

5.1. Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, die angeordnete Massnahme sei unverhältnismässig und liege nicht im öffentlichen Interesse. Das Tragen von Schutzmasken bringe für Kinder und Jugendliche körperliche und psychische Beeinträchtigungen mit sich; zudem bestehe keine Evidenz zur Wirksamkeit von Schutzmasken. Die Maskenpflicht sei eine Gefährdung des Kindeswohls und eine unverhältnismässige Einschränkung der persönlichen Freiheit, zumal bekannt sei, dass Schulen kein Hort der Ansteckung seien und Kinder kaum von der Krankheit betroffen seien. Es könne denn auch kein Rückgang des Infektionsgeschehens im Zusammenhang mit der Maskenpflicht beobachtet werden. Die gemäss Art. 8 Abs. 1 *lit. a* Covid-19-Verordnung besondere Lage für kantonale Massnahmen massgebenden Indikatoren

(Neuinfektionen, Positivitätsrate, Hospitalisationen usw.) seien im Januar/Februar 2021 allesamt rückläufig gewesen und hätten keine Maskenpflicht gerechtfertigt. Die Begründung mit den ansteckenderen Virusvarianten beruhe auf reinen Vermutungen, aber nicht auf gesicherten Erkenntnissen

5.2. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen (vgl. **BGE 147 I 103**, nicht publ. E. 5.3; **146 I 157** E. 5.4; **143 I 403** E. 5.6.3; **140 I 2** E. 9.2.2, mit Hinweisen). Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz kommt besondere Bedeutung zu für die harmonisierende Konkretisierung konfligierender Verfassungsprinzipien, wie z.B. dem Schutz von Leben und Gesundheit einerseits und den zu diesem Zweck verhängten Grundrechtseinschränkungen andererseits (vgl. die zur Publikation vorgesehenen Urteile 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 6.6; 2C_290/2021 vom 3. September 2021 E. 5.5; 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.3; jeweils mit weiteren Hinweisen). Auch soweit eine grundrechtliche Schutzpflicht des Staates zur Abwehr von Gesundheitsgefährdungen besteht (Urteil des EGMR *Vavricka gegen die Tschechische Republik* vom 8. April 2021 [47621/13] § 282), können nicht beliebig strenge Massnahmen getroffen werden, um jegliche Krankheitsübertragung zu verhindern. Vielmehr ist nach dem akzeptablen Risiko zu fragen und eine Abwägung zwischen den involvierten Interessen vorzunehmen (vgl. Urteile 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.3; 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 E. 5.3.1; jeweils zur Publikation vorgesehen).

5.3. Das Element der *Erforderlichkeit* verlangt, dass das angestrebte Ziel nicht mit weniger einschneidenden Massnahmen erreicht werden kann (**BGE 142 I 49** E. 9.1; **140 I 2** E. 9.2.2). Dabei kann es in aller Regel nicht darum gehen, die Notwendigkeit einer risikoreduzierenden Massnahme mit Ja oder Nein zu beantworten, sondern es geht um eine graduelle Abstufung (**BGE 143 II 518** E. 8.3.4). Je einschneidendere Massnahmen getroffen werden, desto wirksamer lassen sich die Risiken begrenzen, desto stärker sind in der Regel aber auch die unerwünschten Auswirkungen der Massnahmen. Insoweit lässt sich das Element der Erforderlichkeit nicht trennen von der Prüfung der sog. *Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*, d.h. der Zweck-Mittel-Relation: Die angeordneten Massnahmen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den Risiken stehen, die mit diesen Massnahmen vermieden werden. Soweit möglich, sind die Risiken zu quantifizieren; dabei ist nicht nur auf die denkbaren worst-case-Szenarien abzustellen, sondern auch die Wahrscheinlichkeit dieser Szenarien zu berücksichtigen (**BGE 127 II 18** E. 5d). Umgekehrt müssen auch die negativen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen der Massnahmen berücksichtigt werden (**BGE 132 II 305** E. 4.4 und 5.1) und schliesslich Vor- und Nachteile gegeneinander abgewogen werden (vgl. zum Ganzen vgl. Urteile 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 6.6.1; 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.4; jeweils zur Publikation vorgesehen). Auch in Bezug auf die im Gefolge der Corona-Krise angeordneten Massnahmen hat die Verhältnismässigkeit eine grosse Bedeutung (FRÉDÉRIC BERNARD, *Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux*, Sicherheit & Recht 2020 S. 130 ff., 131, 140 f.; BENJAMIN MÄRKLI, *Notrecht in der Anwendungsprobe - Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen*, Sicherheit & Recht 2020, S. 59 ff., 63). Es muss geprüft werden, wie hoch Schwere und Eintretenswahrscheinlichkeit der drohenden Krankheiten sind, ob die angeordneten Massnahmen geeignet sind, um die Verbreitung zu verhindern, und wie die Relation der negativen Konsequenzen der Krankheiten zu denjenigen der angeordneten Massnahmen ist; dabei ist der aktuelle Stand der Wissenschaft zu berücksichtigen (KASPAR GERBER, *Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes*, Jusletter 14. April 2020, Rz. 22; vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. c EpG). Die Massnahmen dürfen zudem nur solange dauern, wie es notwendig ist, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern. Sie sind regelmässig zu überprüfen (Art. 40 Abs. 3 EpG; vgl. auch Urteil 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.4, zur Publikation vorgesehen).

5.4. Das Bundesgericht prüft bei Grundrechtseingriffen die Verhältnismässigkeit frei. Es auferlegt sich aber eine gewisse Zurückhaltung, wenn sich ausgesprochene Ermessensfragen stellen oder besondere örtliche Umstände zu würdigen sind, welche die kantonalen Behörden besser kennen und überblicken als das Bundesgericht (**BGE 142 I 162** E. 3.2.2; **142 I 76** E. 3.3; **118 Ia 175** E. 3a), oder wenn die Beurteilung einer Massnahme von umstrittenen technischen Kenntnissen abhängt (Urteil 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 E. 5.3.3, zur Publikation vorgesehen). Dasselbe gilt für die relative Gewichtung, die den einzelnen involvierten Rechtsgütern und Interessen beizumessen ist, weshalb auch hier den politischen Behörden ein Beurteilungsspielraum zusteht (**BGE 146 II 17** E. 6.4). Solange in keiner Rechtsnorm festgelegt ist, wie hoch das akzeptable Risiko bzw. das erforderliche Sicherheitsniveau ist, steht auch nicht fest, wo die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Risiken liegt (**BGE 143 II 518** E. 5.7). Es ist alsdann nicht in erster Linie Sache der Gerichte, sondern des Verordnungsgebers oder der zuständigen Fachbehörden, das akzeptable Risiko festzulegen (**BGE 139 II 185** E. 9.3). Andernfalls obliegt diese Aufgabe den Gerichten (vgl. Urteile 2C_290/2021 vom 3. September 2021 E. 5.5.2; 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 6.6.2; 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 3.2.5; jeweils zur Publikation vorgesehen).

5.5. Hinzu kommt, dass der Natur der Sache nach eine gewisse Unsicherheit besteht bezüglich der

zukünftigen Wirkung einer bestimmten Massnahme (**BGE 140 I 176** E. 6.2). Namentlich besteht bei neu auftretenden Infektionskrankheiten typischerweise eine hohe Unsicherheit über Ursachen, Folgen und geeignete Bekämpfungsmassnahmen (**BGE 132 II 449** E. 5.4; **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 (MÄRKLI, a.a.O., S. 63; ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS, Pandemie - Justiz - Menschenrechte, in: Pandemie und Recht, Sondernummer ZSR, 2020, S. 69 ff., 85 f.; PATRICE MARTIN ZUMSTEG, in: Helbing Lichtenhahn Verlag [Hrsg.], COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, S. 802 ff., 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). Jedenfalls wenn es um möglicherweise gewichtige Risiken geht, können Abwehrmassnahmen nicht erst dann getroffen werden, wenn wissenschaftliche Klarheit vorliegt, sondern bereits dann, wenn eine erhebliche Plausibilität besteht (Urteile 2C_290/2021 vom 3. September 2021 E. 5.5.3; 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 6.6.3; jeweils zur Publikation vorgesehen; **BGE 132 II 305** E. 4.3 und 5.1; ALEXANDRE FLÜCKIGER, Le droit expérimental, Potentiel et limites en situation épidémiologique extraordinaire, Sicherheit & Recht, 2020, S. 142 ff., 151 f.).

5.6. Mit fortschreitendem Wissen sind die Massnahmen anzupassen. Widerlegen neue Erkenntnisse die bisherige Risikobeurteilung, müssen die Regelungen überprüft und gegebenenfalls entsprechend überarbeitet werden (Art. 31 Abs. 4, Art. 40 Abs. 3 und Art. 81 EpG; **BGE 136 I 1** E. 4.2.1; **132 I 7** E. 4.2; FLÜCKIGER, a.a.O., S. 150 ff.). Massnahmen, die in einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund des damaligen Kenntnisstands als gerechtfertigt betrachtet wurden, können mit besserem Wissen später als unnötig erscheinen; umgekehrt ist denkbar, dass mit verbesserter Erkenntnis Massnahmen als geeignet oder erforderlich erscheinen, welche früher nicht in Betracht gezogen oder getroffen wurden (**BGE 139 II 185** E. 11.6.2) oder es kann sich erweisen, dass die früher getroffenen Massnahmen nicht ausreichen, um eine drohende Ausbreitung einer gefährlichen Krankheit zu verhindern, und deshalb strengere Massnahmen getroffen werden müssen (vgl. **BGE 132 II 449** E. 4.3.1; **132 II 305** E. 5.4.1). In diesem Sinne ist jede Beurteilung, die zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommen wird, zwangsläufig provisorisch, beruhend auf dem aktuellen Stand des Wissens (**BGE 139 II 185** E. 10.1.3). Dies bedingt allerdings, dass die Behörden ihren Wissensstand laufend erweitern. Mit zunehmender Dauer der Freiheitsbeschränkungen steigen auch die Anforderungen an die wissenschaftlichen Grundlagen für die Risikoabschätzung, namentlich weil die erwähnten Unsicherheiten betreffend neu auftretende Infektionskrankheiten (vgl. E. 5.5 hiavor) abnehmen. Vor diesem Hintergrund kann eine Massnahme nicht schon deshalb als unrechtmässig betrachtet werden, weil sie bei besserer Kenntnis aus der Retrospektive allenfalls nicht als optimal erscheint. Dies wäre ein unzulässiger Rückschaufehler (vgl. Urteile **BGE 142 II 243** E. 2.4; **132 II 449** E. 5.4; **132 II 305** E. 4.4, 5.1 und 5.3; **131 II 670** E. 2.3; Urteil 6B_365/2010 vom 14. März 2011 E. 4.13.1). Sodann kann es angezeigt sein, rigorose Massnahmen bereits zu ergreifen, bevor es zu schweren Beeinträchtigungen kommt, um zu verhindern, dass später noch strengere Massnahmen getroffen werden müssen (vgl. Urteile 2C_290/2021 vom 3. September 2021 E. 5.5.4; 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 6.6.4; jeweils zur Publikation vorgesehen; **BGE 132 II 449** E. 4.3.2 und 5.3).

5.7. Insgesamt muss aus all diesen Gründen den fachlich zuständigen und politisch verantwortlichen Behörden ein relativ bedeutender Beurteilungsspielraum zugestanden werden (Urteile 2C_290/2021 vom 3. September 2021 E. 5.5.5; 2C_308/2021 vom 3. September 2021 E. 6.6.5; jeweils zur Publikation vorgesehen; **BGE 132 II 305** E. 4.4 und 5.1).

6.

Mit ihrer Kritik, die angefochtene Massnahme sei unverhältnismässig und liege nicht im öffentlichen Interesse macht die Beschwerdeführerin teilweise sachverhaltliche Aspekte geltend. Diese sind vorweg zu prüfen.

6.1. Das Bundesgericht legt seinem Urteil grundsätzlich den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Urteilt es wie vorliegend direkt im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle über einen angefochtenen Erlass, fehlt ein vorinstanzlicher Sachverhalt, den das Bundesgericht seinem Urteil zugrunde legen könnte. Es hat daher den Sachverhalt eigenständig zu erheben, soweit dies für die Beurteilung erforderlich ist. Das Beweisverfahren richtet sich gemäss Art. 55 Abs. 1 BGG nach den dort genannten Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273). Beweis wird nur über erhebliche und grundsätzlich nur über bestrittene Tatsachen geführt (Art. 36 Abs. 1 BZP).

6.2. Unbestritten ist, dass die in Art. 8 Abs. 1 lit. a Covid-19-Verordnung besondere Lage erwähnten Indikatoren (vgl. E. 3.6 und 3.8 hiavor) im Januar und zu Beginn Februar 2021 rückläufig waren. Dies wird vom Kanton eingeräumt. Er macht aber geltend, das Tragen von Schutzmasken in der Schule diene in erster Linie dem Schutz Dritter. Sodann seien vermehrt neue Virusvarianten aufgekommen. Konkrete Zahlen über die Häufigkeit dieser Varianten werden allerdings nicht vorgelegt. Insgesamt kann als