



Abteilung III
C-4098/2021

Urteil vom 19. November 2021

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz, Richter Michael Peterli,
Gerichtsschreiberin Tanja Jaenke.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Gesundheit,
Vorinstanz.

Gegenstand

Epidemiengesetz,
Feststellungsverfügung nach Art. 25 VwVG;
Nichteintretensverfügung des BAG vom 11. August 2021.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 19. Juni 2020 erliess der Schweizerische Bundesrat gestützt auf Art. 6 Abs. 2 Bst. a und b des Epidemien-gesetzes (EpG, SR 818.101) die Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage, SR 818.101.26, AS 2020 2213). Am 2. Juli 2020 änderte der Bundesrat die Covid-19-Verordnung besondere Lage insbesondere dahingehend, dass er in Art. 3a vorsah, dass Reisende in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs wie Zügen, Strassenbahnen, Bussen, Schiffen und Seilbahnen eine Gesichtsmaske tragen müssen (Abs. 1), davon jedoch Personen, die aus besonderen Gründen, insbesondere medizinischen, keine Gesichtsmasken tragen können, ausgenommen wurden (Bst. b; AS 2020 2735, Fassung in Kraft vom 6. Juli 2020 bis 17. Januar 2021). Ab dem 18. Januar 2021 wurde in Art. 3a Abs. 1 Bst. b Covid-19-Verordnung besondere Lage konkretisiert, dass für den Nachweis medizinischer Gründe ein Attest einer Fachperson, die nach dem Medizinalberufegesetz (MedBG, SR 811.11) oder dem Psychologieberufegesetz (PsyG, SR 935.81) zur Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung befugt ist, erforderlich ist (AS 2021 7, Fassung in Kraft vom 18. Januar 2021 bis 28. Februar 2021; Verlängerung der Massnahmen ab 1. März 2021 [AS 2021 110]).

Am 18. Oktober 2020 änderte der Bundesrat die Covid-19-Verordnung besondere Lage zudem dahingehend, dass er in Art. 3b insbesondere eine Maskenpflicht in öffentlich zugänglichen Bereichen von Einrichtungen und Betrieben vorsah (Abs. 1), wobei Personen, die aus besonderen Gründen, insbesondere medizinischen, keine Gesichtsmasken tragen können, davon ausgenommen wurden (Abs. 2 Bst. b; AS 2020 4159). Ab dem 18. Januar 2021 wurde Art. 3b Abs. 2 Bst. b in Analogie zu Art. 3a Abs. 1 Bst. b Covid-19-Verordnung besondere Lage konkretisiert (AS 2021 7, Fassung in Kraft vom 18. Januar 2021 bis 28. Februar 2021; Verlängerung der Massnahmen ab 1. März 2021 [AS 2021 110]).

A.b Am 26. Juni 2021 trat schliesslich die Verordnung vom 23. Juni 2021 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) in Kraft. Der vormalige Artikel 3a wurde insbesondere mit der Ergänzung «im geschlossenen Bereich der Fahrzeuge» in den neuen Artikel 5 überführt, während der vorma-

lige Artikel 3b hinsichtlich der öffentlich zugänglichen Innenräume von Einrichtungen und Betrieben in den neuen Artikel 6 überführt wurde. Die Ausnahmen für Personen, die aus besonderen Gründen, insbesondere medizinischen, keine Gesichtsmasken tragen können, blieben dabei unverändert (AS 2021 379).

B.

B.a Am 18. Januar 2021 reichte A. _____ (nachfolgend Gesuchsteller) beim Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) ein Gesuch um Erlass einer feststellenden Verfügung ein hinsichtlich der Fragen, ob das mit der Kontrolle von Fahrausweisen beauftragte Personal befugt sei, das Attest bezüglich medizinischer Gründe gemäss Art. 3a Abs. 1 Bst. b Covid-19-Verordnung zu kontrollieren, und ob ihm trotz Attest gemäss Art. 3b Abs. 2 Bst. b Covid-19-Verordnung der Zugang zu öffentlich zugänglichen Einrichtungen oder Dienstleistungen verweigert werden könne (vgl. Akten im Beschwerdeverfahren [B-act.] 6 Beilage 6). Das Gesuch wurde an das Bundesamt für Gesundheit (nachfolgend BAG oder Vorinstanz) weitergeleitet (B-act. 6 Beilagen 4 und 5).

B.b Mit Schreiben vom 19. März 2021 beantwortete das BAG die vom Gesuchsteller aufgeworfenen Fragen soweit möglich in genereller Hinsicht und informierte ihn darüber, dass eine Äusserung zum spezifischen Fall mangels Zuständigkeit nicht möglich sei. Für die Beurteilung der konkreten Umstände im Einzelfall sei die kantonale Behörde zuständig, entsprechend erlaube sich das BAG die Überweisung des Gesuchs an die zuständige Gesundheitsdirektion des Kantons B. _____ (nachfolgend Gesundheitsdirektion; B-act. 6 Beilage 4). Mit Schreiben gleichen Datums überwies das BAG sodann das Gesuch um Erlass einer feststellenden Verfügung zuständigkeithalber an die Gesundheitsdirektion (B-act. 6 Beilage 5).

B.c Der Gesuchsteller reichte daraufhin mit Schreiben vom 29. März 2021 ein weiteres Gesuch um Erlass einer feststellenden Verfügung beziehungsweise eine Einsprache gegen die Überweisung an die kantonale Behörde ein (B-act. 6 Beilage 3). Er führte insbesondere aus, er verlange eine Verfügung vom in der Sache zuständigen EDI, welches mit Verfügung auf die Sache nicht eintreten müsse, wenn es sich als unzuständig erachte. Ausserdem machte er geltend, er habe nicht erlaubt, sein Gesuch mit Beilagen an die Gesundheitsdirektion zu überweisen. Er befinde sich aktuell in einem Rechtsstreit mit dieser Behörde. Ausserdem stellte er in Bezug auf die Antworten des BAG in genereller Hinsicht Folgefragen.

B.d Mit E-Mail vom 5. August 2021 informierte das BAG den Gesuchsteller darüber, dass die Verfügung sein Anliegen betreffend in Bearbeitung sei und er mit Zustellung in nächster Zeit rechnen könne. Mangels Zuständigkeit werde es sich um eine kostenpflichtige Nichteintretensverfügung handeln. Das BAG gab dem Gesuchsteller aus diesem Grund Gelegenheit mitzuteilen, falls er in Anbetracht dieses Umstandes auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verzichten möchte (B-act. 6 Beilage 2).

B.e In der Folge erliess das BAG am 11. August 2021 eine Nichteintretensverfügung, welche einerseits mit der Unzuständigkeit betreffend die Beurteilung seines konkreten Falles und andererseits mit mangelndem Rechtsschutzinteresse hinsichtlich der Beantwortung einer rechtlichen Grundsatzfrage begründet wurde (B-act. 1 Beilage 1 = B-act. 6 Beilage 1).

C.

C.a Mit Eingabe vom 14. September 2021 erhob der Gesuchsteller (nachfolgend Beschwerdeführer) Beschwerde gegen die Verfügung des BAG vom 11. August 2021 beim Bundesverwaltungsgericht (B-act. 1) und stellte die folgenden Rechtsbegehren:

1. Der Beschwerdegegner, Alain Berset, sei unter Androhung der Ungehorsamstrafe gemäss Art. 292 StGB im Befehlsverfahren superprovisorisch zu verpflichten, innert 10 Tagen den wissenschaftlichen Beweis für ein SARS-CoV-2 Virus gemäss gereinigtem SARS-CoV-2 Isolat nach den Henle-Kochschen-Postulaten (inkl. Kontrollversuchen) vorzulegen.
2. Es seien die Akten des Verwaltungsgerichts des Kantons B. _____ ([...]) beizuziehen und vom Regierungsrat des Kantons B. _____ die als «geheim» klassifizierten Dokumente des Dossiers (Dossier-Nr[...]) dem Gericht zu den Akten einzureichen.
3. Es seien die Akten des Bundesgerichts (2C_108/2021) beizuziehen.
4. Es seien die Akten der Staatsanwaltschaft [...] des Kantons B. _____ ([...]) beizuziehen.
5. Es sei festzustellen, dass ein PCR-Test nicht zur Diagnostik geeignet ist.
6. Es sei festzustellen, dass eingesetzte RT-qPCR nicht tauglich ist, eine Infektion mit SARS-CoV-2 zu erkennen.
7. Es sei festzustellen, dass ein PCR-Test nicht dazu geeignet ist, die Infektiosität zu bestimmen.
8. Es sei die Covid-19-Verordnung besondere Lage (vom 19. Juni 2020, SR 818.101.26) aufzuheben.

9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners.

C.b Das Bundesverwaltungsgericht wies den Antrag auf superprovisorische Massnahmen mit Zwischenverfügung vom 17. September 2021 ab, soweit überhaupt darauf einzutreten war (B-act. 2).

C.c Am 1. Oktober 2021 ging der ebenfalls mit Zwischenverfügung vom 17. September 2021 einverlangte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 800.- (vgl. B-act. 2) in der Gerichtskasse ein (B-act. 4).

C.d Auf Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Oktober 2021 hin (B-act. 5), reichte die Vorinstanz mit Schreiben vom 28. Oktober 2021 ihre Vernehmlassung ein und beantragte, auf die Beschwerde sei unter Kostenfolge nicht einzutreten (B-act. 6). Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, die vom Beschwerdeführer gestellten Rechtsbegehren würden nicht nur über die bei der Vorinstanz gestellten Anträge hinausgehen, sondern hätten mit dem Gegenstand der angefochtenen Verfügung überhaupt nichts gemeinsam.

C.e Mit Instruktionsverfügung vom 1. November 2021 stellte das Bundesverwaltungsgericht die Vernehmlassung der Vorinstanz dem Beschwerdeführer zur Kenntnis zu und schloss den Schriftenwechsel ab (B-act. 7).

D.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird – soweit erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit und die Zulässigkeit der Beschwerde von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021]; vgl. auch BVGE 2007/6 E. 1 m.w.H.).

1.1 Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung vom 11. August 2021, mit welcher das BAG auf das Gesuch des Beschwerdeführers um Erlass einer Feststellungsverfügung nicht eingetreten ist mit der Begründung der fehlenden Zuständigkeit hinsichtlich der Beurteilung seines konkreten Falles und des fehlenden Rechtsschutzinteresses betreffend die Beantwortung rechtlicher Grundsatzfragen.

1.2 Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) 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).

1.3 Zu den Eintretensvoraussetzungen im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist Folgendes festzuhalten:

1.3.1 Anfechtungsobjekt im vorliegenden Verfahren ist die Nichteintretensverfügung des BAG vom 11. August 2021, welche die Strukturmerkmale des Verfügungsbegriffs gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG erfüllt (vgl. dazu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] C-5074/2020 vom 25. Mai 2021 E. 1.3.1). Eine Ausnahme von Art. 32 VGG liegt nicht vor und das BAG ist eine Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG.

1.3.2 Der Beschwerdeführer kann durch das Bundesverwaltungsgericht nur Rechtsverhältnisse überprüfen beziehungsweise 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 beziehungsweise Beschwerde oder ein Wiedererwägungsgesuch zu Recht nicht eingetreten ist (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozes-

sieren 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 BVerfG 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), kann das Bundesverwaltungsgericht vorliegend lediglich prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Feststellungsbegehren des Beschwerdeführers (betreffend Befugnis zur Kontrolle des medizinischen Attests und zu Zutrittsverweigerungen) nicht eingetreten ist. Eine materiell-rechtliche Beurteilung des Inhalts der Covid-19-Verordnung besondere Lage scheidet demnach von vornherein aus.

1.3.3 Der Beschwerdeführer hat im vorliegenden Verfahren – neben dem bereits abgewiesenen Antrag auf Erlass superprovisorischer Massnahmen (Rechtsbegehren Nr. 1) – lediglich Feststellungsanträge (und damit zusammenhängende Aktenbeizugsgesuche) gestellt (vgl. oben Bst. C.a), die eine im konkreten Fall unzulässige materiell-rechtliche Beurteilung des Inhalts der Covid-19-Verordnung besondere Lage betreffen. Überdies ist mit der Vorinstanz (vgl. dazu B-act. 6) festzuhalten, dass der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren Rechtsbegehren stellt, die in keinem Zusammenhang mehr mit seinen Anträgen im vorinstanzlichen Verfahren stehen: Im vorinstanzlichen Verfahren ersuchte der Beschwerdeführer um Erlass einer Feststellungsverfügung insbesondere betreffend die Kontrollbefugnisse im Zusammenhang mit einem medizinischen Attest im öffentlichen Verkehr beziehungsweise die Zulässigkeit der Zutrittsverweigerung zu Geschäften für Personen mit Maskendispens (B-act. 6 Beilagen 3 und 6; vgl. auch oben Bst. B.a und B.c), während er im Beschwerdeverfahren die Feststellung verlangt, dass ein PCR-Test nicht zur Diagnostik geeignet sei, dass der eingesetzte RT-qPCR nicht tauglich sei, eine Infektion mit SARS-CoV-2 zu erkennen, dass ein PCR-Test nicht dazu geeignet sei, die Infektiosität zu bestimmen und dass die Covid-19-Verordnung besondere Lage aufzuheben sei (vgl. B-act. 1; vgl. auch oben Bst. C.a).

Eine solche Ausweitung des durch die vorinstanzliche Verfügung gesetzten Anfechtungsgegenstandes ist nur ausnahmsweise zulässig (vgl. Urteil des BVerfG 9C_540/2015 vom 15. Oktober 2015 E. 3.1). Vorliegend sind die Voraussetzungen dafür (so bspw. die hinreichend genaue Abklärung des nach Erlass der Verfügung eingetretenen, zu einer neuen rechtlichen Be-

urteilung der Streitsache ab jenem Zeitpunkt führenden Sachverhalts) jedoch nicht ansatzweise gegeben. Entsprechend kann auf die vom Beschwerdeführer gestellten Rechtsbegehren Nr. 5, 6, 7 und 8 nicht eingetreten werden. Damit erübrigen sich auch die in diesem Zusammenhang gestellten Verfahrensanträge Nr. 2, 3 und 4.

1.4 Im Übrigen ist der Verfahrenskostenvorschuss rechtzeitig geleistet (vgl. B-act. 4) und die Beschwerde form- und fristgerecht eingereicht worden (vgl. Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG), weshalb auf die Beschwerde mit Ausnahme des in E. 1.3 Gesagten einzutreten ist.

2.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht prüft in erster Linie die vorgebrachten Rügen und ist nicht gehalten, die angefochtene Verfügung auf alle erdenklichen Rechtsfehler hin zu untersuchen. Nicht aufgeworfene Rechtsfragen sind nur zu prüfen, wenn dazu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichend Anlass besteht (sog. Rügeprinzip; vgl. dazu Urteil des BVGer C-1393/2016 vom 16. September 2016 mit Hinweis auf die Urteile des BVGer C-2656/2015 vom 24. Februar 2016 E. 2.2 und C-5053/2013 vom 17. August 2015 E. 4.2 je m.H.).

2.2 Vorliegend hat der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdebegründung in keiner Weise dargelegt, aus welchen Gründen und in welchen Punkten er mit der von der Vorinstanz erlassenen Nichteintretensverfügung nicht einverstanden sei und weshalb diese zu Unrecht erfolgt sein soll. Entsprechend ist die Beschwerde vom 14. September 2021 mangels Substantiierung ohne Weiteres abzuweisen.

3.

Zusammenfassend ist damit die Beschwerde vom 14. September 2021 abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

4. Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

4.1 Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer 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. 4^{bis} 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. 800.- festzusetzen. Der einbezahlte Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

4.2 Dem Beschwerdeführer ist bei diesem Verfahrensausgang keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario). Die obliegende Vorinstanz hat als Bundesbehörde ebenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 800.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement des Innern (Einschreiben)
- die Gesundheitsdirektion des Kantons B. _____ (Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Beat Weber

Tanja Jaenke

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: