

BGer 2C_518/2022 vom 25. September 2023

Bundesgericht, 2023-09-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_518_2022

FR: TF 2C_518/2022 du 25 septembre 2023

IT: TF 2C_518/2022 del 25 settembre 2023

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (BGE 146 II 276 E. 1).

E. 1.1

Mit der Abschreibung des abstrakten Normenkontrollverfahrens als gegenstandslos brachte die Vorinstanz das bei ihr hängige Verfahren zum Abschluss, womit es sich bei der angefochtenen Verfügung um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG handelt. Dagegen steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich offen, sofern die Angelegenheit in materieller Hinsicht nicht unter den Ausnahmekatalog von Art. 83 BGG fällt, was vorliegend nicht der Fall ist (BGE 135 II 145 E. 3.2).

E. 1.2

Fraglich ist, ob die Beschwerdeführerinnen in der vorliegenden Angelegenheit noch ein schutzwürdiges Interesse haben (Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG).

E. 1.2.1

Das schutzwürdige Interesse im Sinne von Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn die beschwerdeführende Person mit ihrem Anliegen obsiegt und dadurch ihre tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann. Es muss daher grundsätzlich

aktuell sein. Das gilt auch für die abstrakte Normenkontrolle (vgl. Urteile 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 148 I 89 ; 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 E. 1.4, nicht publ. in: BGE 147 I 393). Am aktuellen Interesse fehlt es, wenn der angefochtene Erlass oder Artikel 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 147 I 478 E. 2.2 mit Hinweisen; Urteil 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 148 I 89).

E. 1.2.2

Fällt das schutzwürdige Interesse im Laufe des Verfahrens dahin, wird die Sache als gegenstandslos erklärt bzw. abgeschrieben. Hat es bereits bei der Beschwerdeeinreichung gefehlt, ist auf die Eingabe nicht einzutreten (BGE 142 I 135 E. 1.3.1 ; 137 I 23 E. 1.3.1).

E. 1.2.3

Vorliegend sind die angefochtenen Verordnungsbestimmungen wie die V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH als Ganzes seit dem 1. April 2022 nicht mehr in Kraft (vgl. Bst. A oben). Die entsprechenden Massnahmen waren somit bei Beschwerdeeinreichung (27. Juni 2022) nicht mehr wirksam und die Beschwerdeführerinnen haben demnach an der Beurteilung der Angelegenheit vor Bundesgericht kein aktuelles schutzwürdiges Interesse. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Verzicht auf das aktuelle Rechtsschutzinteresse vor Bundesgericht erfüllt sind.

E. 1.2.4

Die Beschwerdeführerinnen rügen zunächst eine Verletzung des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebotes von Art. 8 Abs. 1 BV. Sie machen geltend, auch geimpfte Personen könnten Virenträger sein und andere Personen mit Covid-19 anstecken, weshalb es nicht rechtmässig sei, wenn die vorgenannten Verordnungsbestimmungen (vgl. Bst. A oben) von ungeimpften Angestellten (welche folglich über kein Covid-19-Zertifikat verfügen) die Teilnahme am repetitiven Testen verlangten, nicht aber von geimpften Angestellten.

E. 1.2.4.1

Das Bundesgericht hat sich mittlerweile im Urteil 2C_886/2021 vom 12. Dezember 2022 (zur Publikation vorgesehen) ausführlich mit der Vereinbarkeit einer kantonalen Verordnung - welche eine Teilnahme von ungeimpftem Gesundheits- und Pflegepersonal am repetitiven Testen mittels Spucktest vorsah, während Personal mit Covid-19-Zertifikat von der Testpflicht befreit war - mit Art. 8 Abs. 1 BV befasst. Die von diesem Urteil betroffene Tessiner Verordnung war während derselben Zeitperiode wie die vorliegende Zürcher Verordnung in Kraft und in beiden Fällen war die Omikron-Variante von Covid-19 im Umlauf (vgl. Urteil 2C_886/2021 vom 12. Dezember 2022 Bst. D; Begründung des Regierungsrates zur Verlängerung der V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH, ABI 2022-01-14). Im Urteil 2C_886/2021 waren somit dieselbe Ausgangslage und dieselbe Rüge zu beurteilen wie im vorliegenden Fall.

Das Bundesgericht hat erwogen, der Kanton Tessin sei davon ausgegangen, dass auch geimpfte Personen bezüglich Covid-19 ansteckend sein könnten, wobei das Risiko von geimpften Personen gegenüber ungeimpften, sich anzustecken und das Virus weiter zu übertragen, reduziert sei (vgl. Urteil 2C_886/2021 vom 12. Dezember 2022 E. 3.2 und E. 4.4.4.3 Absatz 1 in fine, zur Publikation vorgesehen). Es hat weiter erwogen, dass diese Ungleichbehandlung einen Eingriff in Art. 8 Abs. 1 BV darstelle, jedoch sachlich gerechtfertigt sei, auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhe, im öffentlichen Interesse liege und verhältnismässig sei, und zwar unabhängig davon, ob das Personal privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich angestellt ist (Urteil 2C_886/2021 vom 12. Dezember 2022 E. 4.4.4, E. 4.4.5). Es kam zum Schluss, dass die Tessiner Regelung mit Art. 8 Abs. 1 BV vereinbar ist (Urteil 2C_886/2021 vom 12. Dezember 2022 E. 4.4.6).

E. 1.2.4.2

Demnach hat das Bundesgericht die vorliegend aufgeworfene Rechtsfrage bereits beantwortet, sodass sich diese nicht mehr stellt und auch kein Anlass besteht, auf das Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses zu verzichten (vgl. Urteil 2C_507/2022 vom 18. Februar 2023 E.5.6 mit Hinweisen).

E. 1.2.5

Auch bezüglich der weiteren, von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Rüge, das repetitive Testen des ungeimpften Personals von sozialen Einrichtungen mittels Spucktest stelle einen unverhältnismässigen und damit rechtswidrigen Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit dar (Art. 10 Abs. 2 BV), besteht kein aktuelles Rechtsschutzinteresse mehr:

Auch diesbezüglich hat das Bundesgericht mittlerweile im Urteil 2C_886/2021 vom 12. Dezember 2022 (zur Publikation vorgesehen) die aufgeworfene Rechtsfrage beantwortet bzw. entschieden, dass repetitives Testen von ungeimpftem Gesundheits- und Pflegepersonal, und zwar inklusive Personal von sozialen Einrichtungen (welche sich unter anderem mit Suchtkranken befassen), verhältnismässig und mit Art. 10 Abs. 2 BV vereinbar ist (Urteil 2C_886/2021 vom 12. Dezember 2022, zur Publikation vorgesehen, E. 4.4.5.4 und E. 5.2; vgl. zudem bezüglich Vereinbarkeit eines Covid-Spucktests mit Art. 10 Abs. 2 BV , insbesondere weil kein schwerwiegender Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit vorliegt, Urteile 2C_852/2022 vom 2. Mai 2023 E. 7.5.3; 2C_99/2022 vom 16. Februar 2023 E. 7.1 f.; 2C_106/2022 vom 2. November 2022 E. 4.6).

Demnach besteht auch bezüglich dieser weiteren Rüge mangels noch offener Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung kein Anlass, auf das Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses zu verzichten.

E. 1.2.6

Zudem rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung von Art. 328 OR (Titel: "Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers"; sog. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers) und § 39 Personalgesetz des Kantons Zürich vom 27. September 1998 (PG/ZH; LS 177.10) und machen in diesem Zusammenhang auch einen Verstoss gegen den Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) geltend. Sie bringen im Wesentlichen vor, die obligatorische Teilnahme von ungeimpftem Personal am repetitiven Testen des Arbeitgebers bzw. die angefochtenen Verordnungsbestimmungen würden einen in Art. 328 OR bzw. § 39 PG enthaltenen, arbeitsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung verletzen. Ausserdem verstosse die genannte Testpflicht, da sie bloss in einer kantonalen Verordnung verankert und mit Art. 328 OR als Vorschrift des Bundesrechts unvereinbar sei, gegen den Grundsatz des Vorrangs des Bundesrecht (Art. 49 Abs. 1 BV).

E. 1.2.6.1

Zunächst ist nicht ersichtlich, inwiefern § 39 PG /ZH verletzt sein soll, nachdem die Beschwerdeführerinnen privatrechtlich angestellt sind. Im Weiteren hat das Bundesgericht bereits entschieden, dass im Arbeitsvertragsrecht des OR vom Grundsatz der Vertragsfreiheit als einem der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten auszugehen ist. Schlechtere Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern gegenüber Kollegen sind deshalb hinzunehmen. Eine Verletzung der Rechtsgleichheit fällt nur dann in Betracht, wenn eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers zugleich einen Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellt, d.h. darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Eine solche ist von vornherein nur gegeben, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird. Kurz gesagt müsste eine willkürliche Diskriminierung einzelner Arbeitnehmer vorliegen (BGE 129 III 276 E. 3.1; Urteil 4A_651/2017 vom 4. April 2018 E.3.3; WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Widmer/Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7.

Aufl. 2020, N. 30 f. zu Art. 328 OR ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl. 2012, N. 12 zu Art. 328 OR). Dass die angefochtenen Verordnungsbestimmungen eine willkürliche Diskriminierung einzelner Arbeitnehmer bezwecken oder bewirken, ist nach dem Gesagten (vgl. E. 1.2.4.1 oben) nicht ersichtlich. Ein Verstoß der angefochtenen Verordnungsbestimmungen gegen das Gebot der Rechtsgleichheit ist demnach auch im Zusammenhang mit Art. 328 OR nicht gegeben. Ausserdem scheidet auch eine Verletzung des Grundsatzes des Vorrangs des Bundesrechts aus, denn die angefochtenen Verordnungsbestimmungen verstossen weder gegen Sinn und Zweck des Bundeszivilrechts noch beeinträchtigen oder vereiteln sie dessen Durchsetzung (vgl. zum Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts BGE 149 I 25 E. 4.2.1 ; 146 I 70 E. 5.2.1 ; 143 I 403 E. 7.1).

E. 1.2.6.2

Das Bundesgericht hat die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfenen Rechtsfragen betreffend Art. 328 OR i.V.m. Art. 49 Abs. 1 BV zwar bislang nicht im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie entschieden. Alleine der Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen die von ihnen aufgeworfenen Fragen in den Kontext mit Covid stellen, führt jedoch nicht dazu, dass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung entsteht, deren Beantwortung im öffentlichen Interesse liegt.

E. 2

Da das aktuelle Rechtsschutzinteresse im Wesentlichen während des hängigen bundesgerichtlichen Verfahrens entfallen und auf dieses Erfordernis vorliegend nicht zu verzichten ist, ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als gegenstandslos abzuschreiben.

E. 2.1

Erklärt das Bundesgericht einen Rechtsstreit als gegenstandslos, entscheidet es mit summarischer Begründung über die Prozesskosten aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 72 BZP). Bei der Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist somit in erster Linie auf den mutmasslichen Ausgang des Prozesses abzustellen (vgl. BGE 142 V 551 E. 8.2; 125 V 373 E. 2a; vgl. Urteile 2C_83/2022 vom 12. Mai 2022 E. 2.1; 2C_1032/2021 vom 14. März 2022 E. 2.1).

E. 2.2

Angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Testpflicht von Gesundheits- und Pflegepersonal (Urteil 2C_886/2021 vom 12. Dezember 2022, zur Publikation vorgesehen), zur Vereinbarkeit (und vor allem Verhältnismässigkeit) des repetitiven Testens von ungeimpften Personen mittels Spucktest mit Art. 10 Abs. 2 BV (Urteile 2C_852/2022 vom 2. Mai 2023; 2C_99/2022 vom 16. Februar 2023; 2C_886/2021 vom 12. Dezember 2022; 2C_106/2022 vom 2. November 2022) und zum allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot im Arbeitsvertragsrecht gemäss OR (BGE 129 III 276 E. 3.1) ist mutmasslich davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Verfahren unterlegen wären. Somit tragen sie die Gerichtskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

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