

BVGer C-5428/2021 vom 10. November 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-11-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5428_2021_d20211110

FR: TAF C-5428/2021 du 10 novembre 2021

IT: TAF C-5428/2021 del 10 novembre 2021

Regeste

Krankheits- und Unfallbekämpfung | Epidemiengesetz, Covid-19-Zertifikatspflicht an der ETH Zürich; Entzug der aufschiebenden Wirkung (Zwischenverfügung der ETH-Beschwerdekommision vom 10. November 2021)

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der ETH-Beschwerdekommision zuständig (Art. 37 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen [ETH-Gesetz, SR 441.110] in Verbindung mit Art. 33 Bst. f VGG; vgl. Urteil des BGer 2C_770/2021 vom 19. Oktober 2021 E. 2.1). Nach dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens gilt dies gleichermaßen für Beschwerden gegen Zwischenverfügungen der ETH-Beschwerdekommision (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 45 Rz. 2.44; Urteil des BVGer C-2415/2009 vom 19. Juni 2009 E. 1.2), weshalb das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist.

E. 2

Das Beschwerdeverfahren richtet sich gemäss Art. 37 VGG und Art. 37 Abs. 1 ETH-Gesetz grundsätzlich nach den Vorschriften des VwVG. Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und des ETH-Gesetzes.

C-5428/2021 Seite 6

E. 3

Bei der angefochtenen Verfügung betreffend Entzug der aufschiebenden Wirkung im Verfahren vor der ETH-Beschwerdekommision handelt es sich um eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung.

E. 3.1

Beschwerden gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, die wie hier nicht die Zuständigkeit oder den Ausstand betreffen (Art. 45 Abs. 1 VwVG), sind gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG nur zulässig, wenn die angefochtene Zwischenverfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Bst. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b). Ist die Beschwerde nach Absatz 1 nicht zulässig oder wurde von ihr kein Gebrauch gemacht, so sind die betreffenden Zwischenverfügungen durch Beschwerde gegen die Endverfügung anfechtbar, soweit sie sich auf den Inhalt der Endverfügung auswirken (Art. 46 Abs. 2

VwVG).

E. 3.2

Eine Gutheissung der Beschwerde würde im vorliegend zu beurteilen- den Fall nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen. Es liegt insbeson- dere auch nicht am Bundesverwaltungsgericht hier als erste Instanz dar- über zu entscheiden, ob es sich bei der angefochtenen Verordnung über die Nutzung des Covid-19-Zertifikats in der Lehre der Schulleitung der ETH Zürich überhaupt um ein zulässiges Anfechtungsobjekt für eine Be- schwerde handelt, d.h. zu prüfen, wie die im vorinstanzlichen Beschwerde- verfahren angefochtene ETH-Verordnung, welche sich hinsichtlich Anord- nung auf Art. 19a der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 23. Juni 2021 (Covid- 19-Verordnung besondere Lage, SR 818.101.26) beruft, rechtlich zu quali- fizieren ist (vgl. dazu insbesondere WILHELM/UHLMANN, Handlungsformen in der Covid-19-Pandemie, in: Sicherheit & Recht 2/2021, S. 56 ff. und BGE 147 I 280 E. 9 mit Hinweisen; Urteil des BGer 2C_183/2021 vom 23. November 2021 E. 1.3), und gegebenenfalls, ob die angeordnete Massnahme auch verhältnismässig ist. Es ist daher vorliegend einzig zu prüfen, ob die angefochtene Zwischenverfügung einen nicht wieder gutzu- machenden Nachteil bewirken kann (vgl. auch Urteil des BGer 2C_15/2022 vom 26. Januar 2022).

E. 3.3

Mit dem Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG) wird das besondere schutzwürdige Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der Zwischenverfügung um- schrieben. Anders als vor Bundesgericht liegt es nicht nur im rechtlichen, sondern auch im tatsächlichen Nachteil, der dadurch entstünde, dass die

C-5428/2021 Seite 7 Zwischenverfügung erst mit Beschwerde gegen den Endentscheid an- fechtbar wäre, und sich selbst durch einen günstigen Endentscheid nicht oder nur teilweise beheben liesse (vgl. Urteil des BVGer B-3638/2017 vom 19. September 2017 E. 3 m.H.; KAYSER/PAPADOPOULUS/ALTMANN, in: Kom- mentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Art. 46 Rz. 8 ff.). Ob ein Nachteil als nicht wieder gutzuma- chend gilt, beurteilt sich nicht anhand eines einzigen Kriteriums. Vielmehr ist jedes Merkmal zu prüfen, das dem angefochtenen Entscheid am besten entspricht (BGE 131 V 362 E. 3.1 m.w.H.). Der drohende Nachteil muss zwar nicht geradezu irreparabel sein, er muss aber von einigem Gewicht sein (vgl. BVGE 2015/26 E. 3.3 mit Hinweisen).

E. 3.4

Die Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei (vgl. BGE 141 IV 284 E. 2.3; Urteile des BVGer B-8093/2015 vom 17. Februar 2016 E. 3.1 und A-5468/2014 vom 27. November 2014 E. 1.2). Diese hat substantiiert darzulegen, inwiefern ihr im konkreten Fall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vgl. Urteil des BVGer B-1287/2013 vom 11. Juni 2013 E. 1.3 in fine; KAYSER/PA- PADOPOULUS/ALTMANN, a.a.O., Art. 46 Rz. 11). Andernfalls kann auf die Be- schwerde nicht eingetreten werden (Urteil des BVGer B-6863/2018 vom

E. 3.5

Die Beschwerdeführenden bringen im Wesentlichen vor, dass sich die Covid-Zertifikatspflicht an der ETH direkt und schwerwiegend auf den All- tag sämtlicher

Studierender und des Lehrpersonals auswirke. Für die Studierenden der ETH bestünden seit der Einführung der Zertifikatspflicht vier Optionen (Impfung mit einem anerkannten Impfstoff, Nachweis der Genesung, Nachweis eines negativen Testergebnisses oder Verzicht auf ein Zertifikat). Jede dieser Optionen sei für die Studierenden mit einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil verbunden. Mit Blick auf die vollständig unbekanntes Mittel- und Langfristfolgen sowie aufgrund der bekannten Nebenwirkungen der COVID-19-Impfung sei der von der ETH-Schulleitung ausgeübte faktische Impfbzwang (als Voraussetzung für die uneingeschränkte Teilhabe am akademischen Lehrbetrieb) als schwerer Eingriff in die körperliche und psychische Unversehrtheit derjenigen Studenten zu betrachten, die sich die drohende Einbusse am akademischen Normalprogramm nicht leisten könnten und sich ausschliesslich aus diesem Grund einer Impfung unterzögen. Die Option 1 «Impfung» stelle aufgrund ihrer Unsicherheit und vor allem auch aufgrund ihrer Irreversibilität einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil dar. Der Nachweis einer Genesung (Option 2) sei für die Mehrheit der Studierenden keine Option, da eine Infektion nicht beeinflussbar sei und bei den meisten infizierten Studierenden

C-5428/2021 Seite 8 bereits mehr als 180 Tage zurückliege. Wer die Option 3 «Nachweis eines negativen Testergebnisses» wähle, müsse mindestens zweimal pro Woche Zeit und (je nach Verfügbarkeit von Gratistests) Geld aufwenden, um sich testen zu lassen.

Covid-19-Tests stellten auch immer einen Grundrechtseingriff dar. Die durch das Testen entstehenden Verletzungen in der Rachen- und Nasenschleimhaut könnten mit der Zeit dauerhafter Natur werden. Daher sei auch diese Option als eine schwere Verletzung der physischen Integrität zu qualifizieren. Zudem schränke der Zeitaufwand die persönliche Handlungsfreiheit im Alltag Woche für Woche wieder ein. Aufgrund der Dauer, der Häufigkeit der Tests und der dadurch ausgelösten Folgen (inkl. massivem psychischen Stress) könne diese Option keinesfalls als leichter Eingriff in die persönliche Integrität und die persönliche Freiheit qualifiziert werden. Diese Option sei mit einem nicht unerheblichen Aufwand und mit nicht unerheblichen Risiken verbunden, welche über mehrere Monate hinweg mindestens zweimal pro Woche einzugehen seien. Auch die Option 3 «Testen» sei daher als nicht wieder gutzumachender Nachteil zu qualifizieren. Damit verbleibe für eine unbestimmt grosse Zahl von Studierenden letztlich nur die Option 4 «Verzicht auf das Zertifikat» mit den damit verbundenen Konsequenzen für das Studium. Ohne Zertifikat seien die Studierenden schwerwiegend benachteiligt. Je nach Studiengang würden sich eine mittlere bis schwerwiegende Behinderung bis hin zur Unmöglichkeit der Weiterführung bzw. Beginn des Studiums ergeben.

E. 3.6

Die Beschwerdegegnerin bringt im Wesentlichen vor, dass seit dem 20. Dezember 2021 gemäss neugefasstem Art. 19a Bst. a der Covid-19-Verordnung besondere Lage der Zugang zu Lehr- und Forschungsaktivitäten sowie zu Prüfungen an Institutionen des Hochschulbereichs zwingend auf Personen mit einem Impf-, Genesungs- oder Testzertifikat beschränkt werden müsse. Hochschulen könnten daher nicht mehr, wie bislang, selbst über die Einführung einer Zertifikatspflicht entscheiden. Damit gelte die Zertifikatspflicht für Präsenzveranstaltungen der ETH seit dem 20. Dezember 2021 auch bei Gutheissung der vorliegenden Beschwerde aufgrund von Art. 19a Bst. a der Covid-19-Verordnung besondere Lage ohnehin weiter. Die Beschwerdeführenden würden durch die streitgegenständliche Verfügung keinen Nachteil mehr erleiden, da die angefochtene Verordnung keinerlei Wirkungen mehr entfalte. Den Beschwerdeführenden fehle damit

zugleich das aktuelle und praktische Rechtsschutzinteresse.

E. 3.7

Wie es sich mit dem von der Beschwerdegegnerin Vorgetragenen verhält, kann im Rahmen des vorliegenden Verfahrens offengelassen werden

C-5428/2021 Seite 9 (vgl. oben E. 3.2 und nachfolgend). Soweit die Beschwerdeführenden geltend machen, die Schulleitung der ETH habe einen faktischen Impfbzwang eingeführt, verkennen sie, dass der physische Zugang zu den Lehrveranstaltungen der ETH auch ohne Impfnachweis möglich ist. So können auch nicht geimpfte Studierende mit einem negativen Covid-Test ein Zertifikat erhalten und damit physisch an den Lehrveranstaltungen der ETH teilnehmen. Dasselbe trifft auf Genesene zu, welche ein Covid-Genesenenzertifikat vorweisen können. Ein durch die angeordnete Massnahme empfundener sozialer Druck zur Impfung kann im Übrigen im Rahmen der vorliegenden summarischen prima facie Prüfung kein massgebliches Kriterium sein (vgl. dazu auch EuG, Beschl. v. 09.11.2021 E. 45 f. in: PharmR 1/2022 S. 12 ff.). Denn ein eigentlicher Impfbzwang in Bezug auf die Teilnahme am Präsenzunterricht an der ETH und ein damit verbundener nicht wieder gutzumachender Nachteil im Rechtssinn kann vorliegend nicht erkannt werden, da mit der von der Beschwerdegegnerin am 14. September 2021 angeordneten «Beschränkung des Zugangs zu Lehrveranstaltungen» offensichtlich keine Impfpflicht auferlegt wurde. Auf die ausführlichen Ausführungen in der Beschwerde im Zusammenhang mit der Wirksamkeit und Sicherheit der von Swissmedic in der Schweiz zugelassenen Covid-19-Impfstoffe braucht daher vorliegend nicht näher eingegangen zu werden. Bezüglich der geltend gemachten Nachteile im Zusammenhang mit dem Nachweis eines negativen Testergebnisses ist darauf hinzuweisen, dass sich gemäss den Angaben der Beschwerdegegnerin alle ETH-Angehörigen bis Ende Februar 2022 kostenlos entweder mit einem PCR-Speicheltest oder mit einem Antigen-Schnelltest auf Covid-19 auf dem Gelände der ETH testen lassen können (<https://ethz.ch/services/de/news-und-veranstaltungen/coronavirus/testen.html>, abgerufen am 20. Januar 2022). Laut dem Corona-Masterplan der ETH (Phase 3.5.5 ab 20. Dezember 2021, <https://ethz.ch/content/dam/ethz/associates/services/coronavirus/masterplan-phase355-de.pdf>; abgerufen am 21. Januar 2022) wird für 3G-Lehrveranstaltungen innerhalb der ETH auch ein Testnachweis aus dem ETH-internen Testprogramm (CoVMass) akzeptiert. Dabei handelt es sich um einen PCR-Speicheltest, der 72 Stunden gültig ist. Die Möglichkeit, mittels Nachweises eines negativen Covid-Testergebnisses physisch Zugang zu den Lehrveranstaltungen der ETH zu erhalten, ist damit offensichtlich gewährleistet. Zwar mag das regelmässige Testen unangenehm und mit einem gewissen zeitlichen Aufwand verbunden sein; der von den Beschwerdeführenden nicht näher substantiierte Einwand, der für das Testen erforderliche Zeitaufwand schränke ihre persönliche Handlungsfreiheit im Alltag ein, ist aber nicht als «Nachteil von einigem Gewicht» im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG zu betrachten. Überhaupt ist davon auszugehen, dass

C-5428/2021 Seite 10 sich die angeordnete Zertifikatspflicht hauptsächlich auf die Vorlesungszeit, nicht hingegen auf die vorlesungsfreie Zeit (Semesterferien), auswirkt, da die Massnahme explizit den Zugang der Studierenden des Bachelor- und Masterstudiums zu Präsenzlehrveranstaltungen der ETH betrifft. Überdies haben die Beschwerdeführenden nicht substantiiert dargelegt und belegt, dass sich die regelmässige Durchführung von Tests schädlich auf ihre Gesundheit auswirkt bzw. ihre körperliche Integrität massgeblich

beeinträchtigt, insbesondere zumal die Möglichkeit besteht, den Zugang zu Präsenzlehrveranstaltungen des Bachelor- und Masterstudiums an der ETH auch mittels PCR-Speicheltest zu erhalten. Auch nicht belegt ist der Einwand, dass die Beschwerdeführenden die Tests – entgegen der Angaben der Beschwerdegegnerin – zumindest teilweise selbst bezahlen müssen. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, diesbezüglich weitere Abklärungen zu tätigen, zumal es den Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung anhand der ihr bis dahin zur Verfügung stehenden Akten aufgrund einer bloss summarischen Prüfung und Abwägung der im Spiel stehenden Interessen (Prüfung «prima facie») zu treffen hat, ohne sich vertieft mit den sich stellenden Sach- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen (Urteil des BGer 2C_1034/2015 vom 23. November 2015 E. 3.1; BGE 131 III 473 E. 2.3). Dass mit der Aufrechterhaltung der umstrittenen Zertifikatspflicht an der ETH während des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens das berufliche und wirtschaftliche Fortkommen verunmöglicht wird, ist insgesamt nicht erkennbar und wird auch nicht substantiiert geltend gemacht. Aufgrund des Ausgeführten sind gewichtige Nachteile im Sinne von Art. 46 Abs. 1 VwVG weder ersichtlich noch dargetan worden, die sich für die Beschwerdeführenden aus der angefochtenen ETH-Verordnung vom 14. September 2021, welche sich betreffend Zugangsbeschränkung auf Art. 19a Abs. 1 der Covid-19-Verordnung besondere Lage bezieht, ergeben. 4. Insgesamt fehlt es damit an einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil der Beschwerdeführenden im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG. Demgemäss sind die Voraussetzungen für die Anfechtung einer Zwischenverfügung betreffend aufschiebende Wirkung nicht erfüllt. Unter diesen Umständen muss, wie ausgeführt, auf die Argumentation der Beschwerdegegnerin betreffend ein fehlendes Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführenden nicht eingegangen werden. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

C-5428/2021 Seite 11 5. 5.1. In Anwendung von Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) ist umständehalber auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten. Der einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 800.– ist den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auf ein von ihnen bekannt zu gebendes Konto zurückzuerstatten. 5.2. Die Beschwerdeführenden haben bei diesem Verfahrensausgang keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Der Beschwerdegegnerin ist als öffentlich-rechtlicher Anstalt des Bundes keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 7 Abs. 3 VGKE; vgl. Urteil des BVGer A-2823/2019 vom 1. April 2020 E. 8.2).

C-5428/2021 Seite 12

E. 4

Insgesamt fehlt es damit an einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil der Beschwerdeführenden im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG. Demgemäss sind die Voraussetzungen für die Anfechtung einer Zwischenverfügung betreffend aufschiebende Wirkung nicht erfüllt. Unter diesen Umständen muss, wie ausgeführt, auf die Argumentation der Beschwerdegegnerin betreffend ein fehlendes Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführenden nicht eingegangen werden. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

E. 5.1

In Anwendung von Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) ist umständehalber auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten. Der einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 800.- ist den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auf ein von ihnen bekannt zu gebendes Konto zurückzuerstatten.

E. 5.2

Die Beschwerdeführenden haben bei diesem Verfahrensausgang keinen Anspruch auf eine Parteienschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Der Beschwerdegegnerin ist als öffentlich-rechtlicher Anstalt des Bundes keine Parteienschädigung zuzusprechen (Art. 7 Abs. 3 VGKE; vgl. Urteil des BVGer A-2823/2019 vom 1. April 2020 E. 8.2).

E. 6

März 2020 E. 2.1.3).

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