

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VG.2020.12 vom 21. Mai 2021**

BS Appellationsgericht, 2021-05-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VG.2020.12](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VG.2020.12)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VG.2020.12 du 21 mai 2021

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VG.2020.12 del 21 maggio 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss § 30a Abs. 1 lit. b und § 30e Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100) kann beim Appellationsgericht als Verfassungsgericht Beschwerde gegen kantonale Verordnungen geführt werden (abstrakte Normenkontrolle; vgl. Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 519). Daraus folgt die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Verfassungsgerichts als Kammer (§ 91 Abs. 1 Ziff. 5 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [Gerichtsorganisationsgesetz, GOG; SG 154.100]) für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.2 Angefochten ist gemäss dem Antrag des Beschwerdeführers die gesamte, mit Datum vom 17. November 2020 vom Regierungsrat beschlossene Änderung der COVID-19-Verordnung Unterstützung Hotellerie Gastronomie. Diesbezüglich ist daher auch die Legitimation des Beschwerdeführers zu beurteilen. Im Verfahren der Verfassungsbeschwerde gilt dabei wie für den Rekurs ans Verwaltungsgericht das Rügeprinzip (VGE VG.2012.2 vom 17. Juni 2013; § 30b Abs. 1 VRPG; VGE VD.2010.180 vom 24. November 2010; Stamm, a.a.O., S. 504). Das Gericht prüft eine angefochtene Verordnung gestützt auf die Begründungsobliegenheit gemäss § 16 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 30b VRPG nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen. Der Beschwerdeführer hat seinen Standpunkt substantiiert vorzutragen und sich mit dem angefochtenen Erlass im Einzelnen auseinanderzusetzen (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277 ff., 305; Stamm, a.a.O., 504; VGE VG.2020.7 vom 31. März 2021 E. 1.2).

1.3 Die Beschwerdebefugnis kommt nach § 30f lit. a VRPG jeder Person zu, auf die der angefochtene Erlass künftig einmal angewendet werden könnte (siehe auch Stamm, a.a.O., S. 519). Vorausgesetzt ist somit eine virtuelle Betroffenheit, wie sie auch zur Anfechtung von Erlassen mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht verlangt wird (Art. 89 Abs. 1 lit. b und c des Bundesgerichtsgesetzes [BGG, SR 173.110]). Virtuelles Berührtsein verlangt, dass der Beschwerdeführer von der angefochtenen Regelung früher oder später einmal mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit unmittelbar betroffen ist (vgl. VGE VG.2018.2 vom 16. April 2018 E. 1.2; für das Bundesrecht BGE 138 I 435 E).

### **E. 1.6**

S. 445, 137 I 77 E. 1.4 S. 81, 136 I 17 E. 2.1 S. 21). Der Beschwerdeführer muss dabei eigene Interessen vertreten; eine Rechtsmittelerhebung zur Vertretung von Interessen der

Allgemeinheit oder von Dritten ist nicht zulässig (BGE 136 I 49 S. 54 E. 2.1; VGE VG.2020.5 vom 18. November 2020 E. 1.2.2).

Der Beschwerdeführer hat seine virtuelle Betroffenheit weder mit seiner Beschwerdebegründung noch mit seiner Replik konkretisiert. Er hat nicht substantiiert, inwieweit die angefochtene Verordnung auf ihn angewendet werden könnte. Aus der Beschwerdebegründung und den darin enthaltenen Bezugnahmen könnte geschlossen werden, dass der Beschwerdeführer in der Schaustellerbranche tätig und insoweit von der angefochtenen Teilrevision der COVID-19-Verordnung Unterstützung Hotellerie Gastronomie vom 17. November 2020 betroffen sein könnte. Damit genügt der Beschwerdeführer aber der aus § 16 Abs. 2 in Verbindung mit § 30b VRPG folgenden Obliegenheit zur Begründung der Voraussetzungen der eigenen Beschwerdelegitimation nicht (vgl. auch Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1525). Es erscheint damit fraglich, ob auf die Beschwerde überhaupt eingetreten werden kann. Wie es sich damit verhält, kann letztlich aber offenbleiben, da die Beschwerde ohnehin abzuweisen ist.

1.4 Die Beschwerde ist gemäss § 30g VRPG binnen zehn Tagen nach der Veröffentlichung des Erlasses im Kantonsblatt schriftlich beim Verfassungsgericht anzumelden und innert 30 Tagen vom gleichen Zeitpunkt an gerechnet schriftlich zu begründen. Diese Fristen sind vom Beschwerdeführer mit Bezug auf die angefochtene Teilrevision der COVID-19-Verordnung Unterstützung Hotellerie Gastronomie vom 17. November 2020 grundsätzlich erfüllt. Mit Bezug auf die einzelnen Rügen wird darauf aber zurückzukommen sein.

## **E. 2**

2.1 Mit seiner Beschwerde rügt der Beschwerdeführer zunächst, der Kanton Basel-Stadt halte sich mit der angefochtenen Teilrevision der COVID-19-Verordnung Unterstützung Hotellerie Gastronomie nicht an die Verordnung des Bundes über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Epidemie (COVID-19-Härtefallverordnung, SR 951.262). Diese Bundesverordnung sehe vor, dass Härtefälle über den Jahresumsatz abzurechnen seien, während in der angefochtenen Verordnung des Kantons die Härtefälle über «den UVG-Jahreslohn von 2019» abgerechnet würden (Beschwerdebegründung E. 1). Durch die Rüge der in § 5 der angefochtenen Verordnung enthaltenen Regelung der Berechnung und des Umfangs des Anspruchs auf Härtefallhilfe, welche auf der Grundlage der Lohnsumme des Jahres 2019 gemäss Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG, SR 832.20) berechnet wird, macht er eine Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts geltend.

2.2 Darin kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden. Mit der COVID-19-Härtefallverordnung konkretisiert der Bund das dringliche Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrats zur Bewältigung der COVID-19-Epidemie (COVID-19-Gesetz, SR 818.102; vgl. Botschaft zu Änderungen des COVID-19-Gesetzes und des COVID-19-Solidarbürgschaftsgesetzes vom 18. November 2020, BBl 2020 8822). Nach Art. 12 Abs. 1 des COVID-19-Gesetzes kann der Bund auf Antrag eines oder mehrerer Kantone Härtefallmassnahmen dieser Kantone für Einzelunternehmen, Personengesellschaften oder juristische Personen mit Sitz in der Schweiz, die vor dem 1. Oktober 2020 gegründet worden sind oder ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen haben und am 1. Oktober 2020 ihren Sitz im jeweiligen Kanton hatten und

die aufgrund der Natur ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit von den Folgen von COVID-19 besonders betroffen sind und einen Härtefall darstellen, unterstützen. Insbesondere genannt werden dabei Unternehmen in der Wertschöpfungskette der Eventbranche, Schausteller, Dienstleister der Reisebranche, Gastronomie- und Hotelleriebetriebe sowie touristische Betriebe. Diese Bestimmung bildet die gesetzliche Grundlage für die Beteiligung des Bundes an kantonalen Unterstützungsmassnahmen für Härtefälle. Wie den entsprechenden Erläuterungen der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 25. November 2020 entnommen werden kann, soll mit der diese Bestimmung konkretisierenden COVID-19-Härtefallverordnung definiert werden, «unter welchen Voraussetzungen sich der Bund an kantonalen Härtefallmassnahmen beteiligt. Die Kantone entscheiden frei, ob sie Härtefallmassnahmen ergreifen und, falls ja, wie sie diese ausgestalten. Diese von den Kantonen explizit gewünschte Freiheit gibt ihnen die Möglichkeit, die Ausgestaltung der Härtefallmassnahmen den unterschiedlichen kantonalen Gegebenheiten anzupassen». Die Verordnung regelt nur die Mindestvoraussetzungen, welche kantonale Härtefallregelungen für eine Bundesbeteiligung erfüllen müssen. Den Kantonen steht es aber frei, weitere Kriterien zur Eingrenzung der Massnahmen oder zur konkreten Ausgestaltung der Massnahmen festzulegen (Erläuterungen zur COVID-19-Härtefallverordnung, S. 2; Botschaft BBl 2020 8824). Die bundesrechtliche Regelung regelt damit allein die Voraussetzung für die Beteiligung des Bundes an kantonalen Härtefallmassnahmen durch die Leistung von Bundessubventionen an unterstützende Kantone (Botschaft BBl 2020 8822). Er beschränkt aber die Kompetenz der Kantone zur Regelung der Voraussetzungen ihrer eigenen Härtefallmassnahmen für Unternehmen nicht. Der Bund schreibt den Kantonen daher nicht vor, ihre Härtefalleleistungen auf der Grundlage des Umsatzes des unterstützten Unternehmens zu berechnen. Dies kann weder aus der Statuierung eines Mindestumsatzes (Art. 3 COVID-19-Härtefallverordnung), noch der Regelung des Umsatzrückganges (Art. 5 COVID-19-Härtefallverordnung) oder der Höchstgrenze der Unterstützungsbeiträge (Art. 8 COVID-19-Härtefallverordnung) abgeleitet werden, beziehen sich diese doch allesamt allein auf die Voraussetzungen der Ausrichtung von Leistungen an die unterstützenden Kantone und regeln selber die Voraussetzungen für die Ausrichtung von kantonalen Leistungen an einzelne, Härtefälle bildende Unternehmen nicht.

### **E. 3**

3.1 Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, dass der Kanton bewusst 80 % der Unterstützungsmittel für die Hotellerie und die Gastronomie und bloss 20 % der Mittel für andere Härtefälle einsetze. Er rügt dabei eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit, da damit andere Branchen massiv benachteiligt würden. Der Kanton verlege auf der Basis von 2,3 % der UVG-Summe mit verschiedensten zusätzlichen Prozentsätzen die Beiträge der Härtefallmassnahmen bewusst unterschiedlich (Beschwerdebegründung E. 2).

3.2 Der Beschwerdeführer bezieht seine Rüge zunächst auf § 3 der angefochtenen Verordnung, wonach in der aktuell geltenden Fassung der COVID-19-Verordnung Unterstützung Hotellerie Gastronomie mindestens 80 % der Mittel, welche bis zum Betrag von CHF 25.45 Mio. aus dem Krisenfonds entnommen werden sollen sowie der Beteiligung des Bundes gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. a-c des COVID-19-Gesetzes, für die Unternehmen im Bereich von Hotellerie und Gastronomie vorgesehen werden. Dieser grundsätzliche Verteilungsschlüssel war bereits in der ursprünglichen Fassung der angefochtenen Verordnung vom 27. Oktober 2020 enthalten, bezog sich dabei aber bloss auf die damals

auf CHF 15 Mio. begrenzten Mittel aus dem Krisenfond. Mit der angefochtenen Revision der COVID-19-Verordnung Unterstützung Hotellerie Gastronomie wurde die ursprüngliche Regelung nicht geändert. Erst mit einer weiteren Teilrevision vom 26. Januar 2021 erhielt die Bestimmung ihren obgenannten, auch auf die Bundesmittel bezogenen Inhalt. Die erst am 26. Januar 2021 erfolgte Revision dieser Bestimmung hat der Beschwerdeführer nicht angefochten. Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde vom 1. und 15. Dezember 2020 die Fristen gemäss § 30g VRPG zur Anfechtung der grundsätzlichen Regelung des Verteilschlüssels in § 3 der COVID-19-Verordnung Unterstützung Hotellerie Gastronomie nicht gewahrt hat, weshalb auf diese Rüge mit Bezug auf die Anfechtung von § 3 der COVID-19-Verordnung Unterstützung Hotellerie Gastronomie nicht eingetreten werden kann.

3.3 Auch in materieller Hinsicht kann dem Beschwerdeführer mit seiner Kritik an der in §

## **E. 5**

der angefochtenen Verordnung enthaltenen Regelung der Berechnung und des Umfangs des Anspruchs auf Härtefallhilfe nicht gefolgt werden.

3.3.1 Die in Art. 27 der Bundesverfassung (BV, SR 101) garantierte Wirtschaftsfreiheit gewährleistet namentlich die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. In engem Bezug zu diesem individualrechtlichen Gehalt verpflichtet Art. 94 Abs. 1 BV Bund und Kantone als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung, sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten.

Abweichungen von diesem Grundsatz, insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Art. 94 Abs. 4 BV; BGE 142 I 162 E. 3.2.1 S. 164 f., mit Hinweis auf Uhlmann, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N 1 zu Art. 27 BV). Eine Scharnierfunktion kommt dabei dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden und der staatlichen Wettbewerbsneutralität zu (BGE 142 I 162 E. 3.2.1 S. 165, 138 I 378 E. 6.1 S. 384 f.). Danach sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren und dadurch nicht wettbewerbsneutral sind. Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen. Die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden geht weiter als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot, gilt aber nicht absolut und schliesst gewisse Differenzierungen, etwa aus Gründen der Sozialpolitik, des Umweltschutzes oder der Kulturpolitik nicht aus. Eine entsprechend begründete Ungleichbehandlung muss jedoch verhältnismässig sein und soll spürbare Wettbewerbsverzerrungen vermeiden. Erforderlich ist eine Interessenabwägung (BGE 142 I 162 E. 3.7.2 S. 170, mit weiteren Hinweisen).

3.3.2 Unternehmen der Hotellerie und Gastronomie sind nicht direkte Konkurrenten der weiteren, nach § 2 der angefochtenen Verordnung beitragsberechtigten Unternehmen. Der Beschwerdeführer substantiiert auch nicht, inwieweit die unterschiedlichen Unterstützungsbeiträge, die aus einem Basisbetrag von 2,3 % und den branchenspezifischen prozentualen Zulagen bestehen, welche jeweils nach Massgabe der UVG-Lohnsumme 2019 der einzelnen, ansprechenden Unternehmen berechnet werden, willkürlich oder sonst verfassungswidrig sein sollen. Wie der Regierungsrat mit seiner Vernehmlassung hat ausführen lassen und vom Beschwerdeführer replicando nicht in Frage gestellt worden ist,

gibt es im Kanton Basel-Stadt knapp 1'000 Gastronomie- und circa 60 Hotelleriebetriebe (vgl. Vernehmlassung E. 5). Ihre Zahl übertrifft daher die Zahl der übrigen, gemäss § 2 der angefochtenen Verordnung anspruchsberechtigten Unternehmen um ein Mehrfaches. Von Schaustellerbetrieben seien bis heute beispielsweise erst fünf Härtefallgesuche eingereicht worden (vgl. Vernehmlassung E. 5). Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die Zuweisung von 80 % der kantonalen Gelder eine übermässige Bevorzugung der Gastronomie- und Hotelleriebranche darstellen würde.

Wie der Regierungsrat weiter erläutert hat, dient das Abstellen auf den objektiven und im Vollzug einfach zu überprüfenden Parameter der UVG-Lohnsumme 2019 der Allokation der eingesetzten kantonalen Finanzmittel auf die anspruchsberechtigten Betriebe. Da die kantonalen Finanzmittel dem Fonds gemäss dem Gesetz betreffend den Fonds zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit vom 6. Dezember 1995 (SG 835.200) entnommen würden, sei es auch folgerichtig, die Schaffung von Arbeitsplätzen bei deren Verteilung angemessen zu berücksichtigen. Dem dient der Basisbetrag von 2,3 % der UVG-Lohnsumme 2019 gemäss § 5 Abs. 2 COVID-19-Verordnung Unterstützung Hotellerie Gastronomie. Wie der Regierungsrat weiter erläutert hat, orientiert sich die angefochtene Regelung aber nicht allein an der Lohnsumme, sondern sieht in § 5 Abs. 3-7 der angefochtenen Verordnung daneben abgestufte prozentuale Zuschläge vor, welche sich an den Fixkosten orientieren, die pro Betriebskategorie typischerweise anfallen (vgl. Vernehmlassung E. 6). Hinzu kommt bei allen Betrieben, welche die Härtefallkriterien gemäss COVID-19-Gesetz und COVID-19-Härtefallverordnung des Bundes erfüllen, ein Zuschlag in dem Umfang, wie sich der Bund an den kantonalen Mitteln beteiligt (§ 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung Unterstützung Hotellerie Gastronomie). Der Beschwerdeführer substantiiert nicht, inwiefern mit dieser Regelung gegen das Prinzip der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung gemäss Art. 8 Abs. 1 BV verstossen wird, indem der Regierungsrat bezüglich entscheidwesentlicher Tatsachen rechtliche Unterscheidungen treffen würde, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich wäre, oder Unterscheidungen unterlassen würde, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängten (BGer 8D\_1/2020 vom 13. Mai 2020 E. 6.1.1, mit weiteren Hinweisen).

3.3.3 Es ist daher weder ein Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit und den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns noch gegen die Rechtsgleichheit ersichtlich.

4.

4.1 Schliesslich sieht der Beschwerdeführer auch eine Verletzung der Rechtsgleichheit nach Art.

## **E. 8**

Abs. 1 BV darin, dass die verschiedenen Kantone unterschiedliche Massnahmen rund um die Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der Epidemie treffen würden. Er rügt, dass daraus eine Wettbewerbsverzerrung resultiere (Beschwerdebegründung E. 3).

4.2 Auch darin kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden. Jeder Kanton ist in seinem Zuständigkeitsbereich kompetent, grundsätzlich zielführende Massnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie wie auch zur Milderung ihrer wirtschaftlichen Folgen für die Unternehmungen zu erlassen. Aufgrund der föderalistischen Struktur des Bundes besteht insoweit auch kein wirtschaftsfreiheitsrechtlicher Anspruch auf interkantonale Gleichbehandlung. Soweit Massnahmen nicht wirtschaftspolitisch motiviert werden, können die Kantone als Folge des Föderalismus im Rahmen ihres kantonalen

Zuständigkeitsbereichs unterschiedliche Massnahmen treffen und damit verschiedene Rahmenbedingungen setzen. Die abweichende Regelung in verschiedenen Kantonen im Bereich ihrer kantonalen Zuständigkeit ist eine Folge des Föderalismus und verstösst nicht gegen die Rechtsgleichheit (BGE 145 V 380 E. 3.3.2 S. 385; BGer 8D\_1/2020 vom 13. Mai 2020 E. 6.1.2, 2C\_333/2012 vom 5. November 2012 E. 5.4). Die Freiheit zum Erlass von Härtefallmassnahmen wurde den Kantonen mit der bundesrechtlichen Regelung der wirtschaftlichen Unterstützungsmassnahmen für pandemiebetroffene Unternehmen explizit belassen (vgl. oben E. 2.2). Auch wenn etwa die Schaustellerbranche in anderen Kantonen bessergestellt würde, wie dies vom Beschwerdeführer geltend gemacht wird, begründet dies keine Verletzung der in Art. 8 Abs. 1 BV gewährleisteten rechtsgleichen Behandlung in der Gesetzgebung.

5.

Im Übrigen ist auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf Art. 100 Abs. 1 BV nicht geeignet, eine Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Verordnung zu begründen (Beschwerdebegründung E. 4). Wie der Regierungsrat mit seiner Vernehmlassung zutreffend hat ausführen lassen, bezieht sich diese Bestimmung der Bundesverfassung auf die Kompetenz des Bundes in der Konjunkturpolitik (Vernehmlassung E. 9). Es ist nicht ersichtlich, welche massgeblichen Leitplanken diese Bestimmung für den Kanton bei der Regelung wirtschaftlicher Hilfen zur Milderung der Folgen der COVID-19-Pandemie aufstellen würde.

6.

Daraus folgt, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 1'000.00. Diese werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

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