

BS_APPELLATIONSGERICHT VG.2020.9 vom 19. November 2020

BS Appellationsgericht, 2020-11-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VG.2020.9

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VG.2020.9 du 19 novembre 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VG.2020.9 del 19 novembre 2020

Erwägungen

E. 1

EMRK einen Anspruch auf mündliche Verhandlung bewirkt, ist davon abhängig, ob die Norm auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche unmittelbar einwirkt (vgl. BGE 132 V 299 E. 4.3.2, 132 V 6 E. 2.3.2). Dies ist vorliegend aufgrund der mittlerweile bestehenden überholenden bundesrechtlichen Massnahme der Restaurantschliessungen nicht der Fall. Angesichts der daraus folgenden formellen Erledigung der Streitsache (vgl. sogleich E. 1.3) besteht kein Anlass zur Anordnung einer mündlichen Verhandlung. Dem entsprechenden Antrag ist somit nicht zu entsprechen.

1.3 Angefochten ist gemäss dem Antrag der Beschwerdeführenden die mit Wirkung bis mittlerweile zum 31. März 2021 erfolgte Schliessung der Restaurationsbetriebe mit Ausnahme der Betriebs- und Schulkantinen, Gassenküchen und ähnlichen Angebote, Hotelrestaurants für Hotelgäste, Mahlzeitenlieferdienste sowie Take-Away und Foodtrucks (§ 3 Abs. 1 Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen). Die Beschwerdeführenden rügen einen unverhältnismässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und eine rechtsungleiche Behandlung sowohl im internen Verhältnis als auch in der Beziehung zu Gastro-Betreibern anderer Kantone im näheren Umfeld von Basel-Stadt, als auch zu anderen Branchen. Vor diesem Hintergrund ist die Legitimation der Beschwerdeführenden zu prüfen.

1.3.1 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. 1.6 S. 445, 137 I 77 E. 1.4 S. 81, 136 I 17 E. 2.1 S. 21). Die Beschwerdeführenden müssen aber persönliche 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).

1.3.2 Die besondere Erleichterung der Legitimationsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle bezieht sich nur auf die Betroffenheit durch den Inhalt des angefochtenen Erlasses. Ein aktuelles Interesse ist dagegen insoweit erforderlich, als ein geeignetes Anfechtungsobjekt vorliegen muss, dessen Aufhebung der Beschwerde führenden Person

den angestrebten Nutzen bringen muss. Dies bedeutet auch, dass der Erlass im Zeitpunkt des Entscheids noch bestehen muss (VGE VG.2020.5 vom 18. November 2020 E. 1.2.2; VGE ZH AN.2015.00007 vom 28. Januar 2016 E. 2.2; Bertschi, in: Griffel (Hrsg.),

Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich 2014, § 21 N. 33). Das Gericht hat bei einer abstrakten Normenkontrolle auch einer nachträglichen Änderung der Rechtslage Rechnung zu tragen und insbesondere neu in Kraft getretenes, übergeordnetes Recht mit zu berücksichtigen (BGE 136 I 49 S. 56 E. 3.3, 120 Ia 286 E. 2c/bb S. 291, 119 Ia 460 E. 4d S. 473). Das kann aber nicht unbeschränkt gelten, sondern setzt einen engen Zusammenhang vor allem in sachlicher und zeitlicher Hinsicht voraus (VGE VG.2020.5 vom 18. November 2020 E. 1.2.2).

1.3.3 Dies ist vorliegend der Fall. Der Bundesrat hat mit Beschlüssen vom 18. Dezember 2020, 13. Januar 2021 und 24. Februar 2021 den Betrieb von Restaurantsbetrieben mit Art. 5a Abs. 1 der Covid-19-Verordnung besondere Lage auch bundesrechtlich verboten. Da somit auch die bundesrechtlichen Bestimmungen die Schliessung von Restaurantsbetrieben bis zum 31. März 2021 vorsehen, würde die Aufhebung der angefochtenen kantonalen Bestimmung den Beschwerdeführenden nicht den angestrebten Nutzen bringen. Insoweit ist das aktuelle Rechtsschutzinteresse für die Anfechtung der kantonalen Verordnung weggefallen (VGE VG.2020.5 vom 18. November 2020 E. 1.2.3).

1.3.4 Die Beschwerdeführenden machen geltend, ihr Feststellungsbegehren werde für den Fall gestellt, dass die strittige Bestimmung zum Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht mehr in Kraft sein sollte. An der Feststellung der Verfassungswidrigkeit bestünde auch dann ein erhebliches privates und öffentliches Interesse, weil die vorliegend aufgeworfenen Fragen doch von zentraler Bedeutung seien und durchaus auch für künftige Sachverhalte relevant sein könnten.

Vom Erfordernis der Aktualität des Interesses kann abgesehen werden, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine richterliche Prüfung stattfinden könnte (BGE 138 II 42 E. 1.3 S. 45, 136 II 101 E. 1.1 S. 103; BGer 6B_729/2018 vom 26. September 2018 E. 1.2; vgl. auch Stamm, a.a.O., S. 477, 500). Aufgrund der Möglichkeit, die Rechtmässigkeit eines Erlasses auch noch im konkreten Einzelfall zu überprüfen, ist dies vorliegend allerdings nicht angezeigt. Eine Beschwerde darf nicht dazu dienen, rein abstrakte Rechtsfragen zu erörtern (vgl. Stamm, a.a.O., S. 500). Da in der momentanen besonderen Lage der Corona-Pandemie zudem sowohl die rechtlichen Grundlagen als auch die tatsächliche Situation innert wenigen Tagen ändern können, ist es auch nicht erkennbar, dass sich dieselben Fragen jederzeit wieder unter den gleichen Umständen stellen könnten.

Folglich kann vorliegend nicht vom Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses abgesehen werden (VGE VG.2020.5 vom 18. November 2020 E. 1.2.4). Ebenfalls nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens kann die Verfassungsmässigkeit der angefochtenen Bestimmung bis zum Erlass der inhaltlich identischen bundesrechtlichen Regelung und die Prüfung sein, ob also die vom Bundesrecht in ihrer selbständigen Wirksamkeit aufgehobene kantonale Regelung in § 3 Abs. 1 der Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen in der Fassung vom 19. November 2020 im Zeitpunkt ihres Erlasses rechtskonform gewesen ist. Mit der Beschwerde gegen Erlasse kann die Aufhebung der angefochtenen Vorschrift nur «ex nunc» verlangt werden, mit Wirkung ab Veröffentlichung des Aufhebungsentscheids (§ 30i Abs. 2 Satz 3; VGE VG.2020.5 vom 18.

November 2020 E. 1.2.3).

1.3.5 Daraus folgt, dass das aktuelle Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführenden während dem vorliegenden Verfahren dahingefallen ist, weshalb das Verfahren gegenstandslos geworden und folglich abzuschreiben ist.

E. 2

2.1 Die Kostenverteilung nach einem Wegfall des Rechtsschutzinteresses während eines Verfahrens und der dadurch bewirkten Gegenstandslosigkeit des Verfahrens beurteilt sich nach der Lage des Einzelfalls. Primär werden die Kosten dabei nach dem mutmasslichen Verfahrensausgang verlegt. Soweit sich dieser nicht eruieren lässt, trägt diejenige Partei die Kosten, die das Verfahren veranlasst hat oder bei welcher die Gründe eingetreten sind, die das Verfahren gegenstandslos werden liessen (Stamm, a.a.O., 514; Wullschlegler/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 310; Maillard, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 63 N 17; statt vieler VGEVD.2018.193 vom 18. Juni 2019 E. 2.2). Allerdings kann die beschwerdeführende Person nicht indirekt über den Kostenentscheid eine volle Überprüfung des Entscheids in der Hauptsache mit dem damit verbundenen Aufwand erlangen, wenn die Beschwerde in der Hauptsache mangels eines aktuellen Rechtsschutzinteresses gegenstandslos geworden ist (vgl. VGE VG.2020.5 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H. auf VGE VD.2019.190 vom 27. Oktober 2020 E. 1.2.2.2).

E. 2.2

2.2.1 Die vorliegende Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ist aufgrund der veränderten Rechtslage eingetreten. Daneben hat sich auch die tatsächliche Lage der Corona-Pandemie ständig verändert. Für die summarische Beurteilung der Beschwerde ist auf die tatsächliche Situation zum Entscheidzeitpunkt abzustellen, da das Verfassungsgericht den kantonalen Erlass nach § 30i Abs. 2 VRPG ja auch nicht rückwirkend hätte aufheben können (VGE VG.2020.5 vom 18. November 2020 E. 2.2.1).

2.2.2 Die Beschwerdeführenden machen mit ihrer Beschwerde eine Verletzung ihrer Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und § 11 Abs. 1 lit. s der Verfassung des Kantons Basel-Stadt (KV, SG 111.100), eine Verletzung der Rechtsgleichheit sowie Willkür geltend. Die Wirtschaftsfreiheit schützt unter anderem die wirtschaftliche Entfaltung der Privaten und die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit, wozu auch das Führen eines Gastronomiebetriebes gehört. Die Wirtschaftsfreiheit kann aber gestützt auf Art. 36 BV und § 13 Abs. 2 KV eingeschränkt werden, sofern es sich um Massnahmen handelt, die sich nicht gegen den Wettbewerb richten (Art. 94 Abs. 4 BV). Für Einschränkungen in der Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeit sind eine gesetzliche Grundlage sowie ein öffentliches Interesse erforderlich und die Einschränkungen müssen verhältnismässig sein (VGE VD.2015.227 vom 7. April 2015 E. 2.5.1 f. m.w.H.).

2.2.3 Mit ihrer Beschwerde machen die Beschwerdeführenden zu Recht nicht geltend, für die Massnahme fehle eine genügende gesetzliche Grundlage (vgl. dazu VGE VG.2020.5 vom 18. November 2020 E. 2.2 f.) oder ein damit verfolgtes öffentliches Interesse. Sie rügen vielmehr, dass die Massnahme nicht verhältnismässig sei. Soweit die Beschwerdeführenden unter dem Aspekt der Eignung der Massnahme auf Verlagerungswirkung in benachbarte Kantone hinweisen, ist in summarischer Würdigung

festzustellen, dass deren allfällige Bekämpfung im Rahmen ihrer Zuständigkeit deren Aufgabe ist. Jeder Kanton ist in seinem Zuständigkeitsbereich kompetent, grundsätzlich zielführende Massnahmen zu erlassen, auch wenn andere Kantone darauf verzichten wollen. Aufgrund der föderalistischen Struktur des Bundes besteht insoweit auch kein wirtschaftsfreiheitsrechtlicher Anspruch auf interkantonale Gleichbehandlung. Soweit Massnahmen nicht wirtschaftspolitisch motiviert werden, sind die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten befugt, unterschiedliche wirtschaftspolizeiliche Rahmenbedingungen zu setzen.

Die Beschwerdeführenden führen aus, dass nur in 1.6 % der Fälle Ansteckungen in Restaurants erfolgt seien. Allerdings ist in einem Grossteil der Fälle gar nicht bekannt, wo die Ansteckungen passieren. Angesichts der bestehenden Umstände in Restaurants, die von einer Vielzahl untereinander nicht bekannter Personen besucht werden, und wo sich die Menschen an einem Tisch auch über längere Zeit nahekomen und während des Essens und Trinkens kein Maskentragen möglich ist, ist die Gefahr einer Übertragung des Corona-Virus durch Tröpfchen oder über Aerosole nicht von der Hand zu weisen. Aufgrund einer summarischen Prüfung muss die Schliessung der Restaurants daher durchaus zum Schutz der Gesundheit als geeignet gelten. Die Massnahme war im Verbund mit den weiteren Massnahmen in summarischer Prüfung der Wirkungszusammenhänge denn offensichtlich wirksam (auch im Vergleich zu der Entwicklung mit jener in anderen Kantonen, in denen die Schliessung der Restaurationsbetriebe erst bundesrechtlich erfolgte), konnten in Basel-Stadt doch die Ansteckungen mit Covid-19 seit dem Zeitpunkt ihres Erlasses deutlich verringert werden. Mitte und Ende November 2020 verzeichnete das Gesundheitsdepartement noch jeweils über 1'000 aktive Fälle von Personen mit Wohnsitz im Kanton Basel-Stadt in Isolation aufgrund einer Covid-19 Erkrankung. Inzwischen sind die Fallzahlen wieder gesunken und es befanden sich anfangs März 2021 weniger als 150 Personen aufgrund einer Covid-Erkrankung in Isolation. Die 7-Tage-Inzidenz pro 100'000 Einwohnerinnen und Einwohner liegt momentan bei 69 (CH: 66), die 14-Tage-Inzidenz bei 118 (CH: 148; Stand 2. März 2021, vgl. <https://www.coronavirus.bs.ch/nm/2021-coronavirus-dienstags-bulletin-zu-den-fallzahlen-im-kanton-basel-stadt-gd-9.html>). Trotz der rückläufigen Tendenz in den Fallzahlen ist die Lage aufgrund der zunehmend entdeckten Fälle mit den SARS-CoV-2-Varianten, die mit einer höheren Ansteckungsrate assoziiert sind, schwer einzuschätzen (vgl. file:///.../myFiles/Downloads/BAG_COVID19_Woechentliche_Lage.pdf zuletzt besucht am 3. März 2021).

In einer summarischen Prüfung ist auch keine Verletzung des Gebots der Erforderlichkeit ersichtlich. Die Massnahmen betreffend die Restaurationsbetriebe wurden jeweils schrittweise verschärft, sodass davon auszugehen ist, dass keine der bisher ergriffenen Massnahmen genügend wirksam waren. Es sind auch ansonsten keine mildereren Massnahmen erkennbar, zumal gleichzeitig Massnahmen für private Treffen sowie eine Maskentragpflicht an diversen Orten, insbesondere im öffentlichen Verkehr, bereits bestehen. Die jeweils vorgesehene feste Zeitdauer der angefochtenen Bestimmung erweist sich summarisch betrachtet auch als notwendig, insbesondere um eine gewisse Rechtssicherheit zu erreichen. Schliesslich ist es nicht zu verneinen, dass die strittige Massnahme tiefgreifende Auswirkungen auf die Beschwerdeführenden haben. Die geltend gemachte Existenzbedrohung der Betriebe wird aber durch finanzielle Hilfen gemildert. Zudem haben die Beschwerdeführenden die Möglichkeit, Take-Away sowie Lieferservice

anzubieten, sodass sie ihren Betrieb zumindest teilweise weiterführen können. Auf der anderen Seite der Güterabwägung steht das Schutzgut der öffentlichen Gesundheit. Es ist unbestritten, dass die Verhinderung einer drohenden Überlastung der Spitäler und der Ausbreitung des Virus, ein gewichtiges Interesse darstellt. Summarisch betrachtet überwiegt dieses das Interesse der Beschwerdeführenden an der Aufhebung der Massnahme nach § 3 Abs. 1 Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen, womit sich diese Bestimmung im summarischer Würdigung als verhältnismässig erweist.

2.2.4 Im Hinblick auf die gerügte Ungleichbehandlung macht der Regierungsrat geltend, dass sich die vorliegenden Schliessungen auf jene Betriebe beziehen würden, in welchen das Ansteckungsrisiko aufgrund der besonderen Umstände erfahrungsgemäss sowie gemäss aktueller Studienlage als besonders hoch zu qualifizieren sei. Die Betriebskantinen als direkte Konkurrenten decken für Arbeitnehmende sowie Schülerinnen und Schüler den Grundbedarf an Verpflegung und sind für das breite Publikum nicht zugänglich, was die potentiellen Ansteckungsketten eingrenzt. Folglich ist in einer summarischen Prüfung ein sachlicher und vernünftiger Grund für die entsprechenden Differenzierungen erkennbar. Dass der Regierungsrat bei der vorliegend strittigen Regelung zwecks wirksamer und praktikabler Umsetzung auf weitere Differenzierungen (nach Standort der Betriebe, Innen- sowie Aussenbereichen, modernen Lüftungsanlagen sowie regelmässigem Lüften) verzichtet hat, ist sodann angesichts der dem Verordnungsgeber beim Erlass von generell-abstrakten Regelungen zukommenden erheblichen Gestaltungsfreiheit (vgl. Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. Zürich 2020, Rz. 753 ff.) in summarischer Würdigung nicht weiter zu beanstanden. Eine willkürliche Rechtssetzung ist nach dem Gesagten ebenfalls nicht ersichtlich.

E. 3

Zusammenfassend wäre die Beschwerde bei summarischer Prüfung abzuweisen gewesen, wenn das Verfahren nicht gegenstandslos geworden wäre. Dementsprechend haben die Beschwerdeführenden die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die Abschreibungsgebühr wird in Anwendung von § 24 des Reglements über die Gerichtsgebühren (GGR, SG 154.810) auf CHF 1'000.■ festgesetzt. Sie ist den Beschwerdeführenden Nr. 1■26 sowie 30■36 aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

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