

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

V 587/2020-8

8. Juni 2021

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des Präsidenten  
DDr. Christoph GRABENWARTER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin  
Dr. Verena MADNER

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,

Dr. Michael RAMI,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin  
Mag. Nina KREN, MA  
als Schriftführerin,

über den Antrag des LANDESV ERWALTUNGSGERICHTES NIEDERÖSTERREICH, der Verfassungsgerichtshof möge feststellen, dass § 2 Abs. 1 Z 2 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Lockerungen der Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen wurden, BGBl. II 197/2020, gesetzwidrig war, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 139 B-VG zu Recht erkannt:

- I. 1. § 2 Abs. 1 Z 2 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Lockerungen der Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen wurden, BGBl. II Nr. 197/2020, war gesetzwidrig.  
  
2. Die als gesetzwidrig festgestellte Bestimmung ist nicht mehr anzuwenden.
- II. Der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt II verpflichtet.

## Entscheidungsgründe

### I. Antrag

Mit dem vorliegenden, auf Art. 139 Abs. 1 Z 1 B-VG gestützten Antrag begehrt das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich, der Verfassungsgerichtshof möge feststellen, dass § 2 Abs. 1 Z 2 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Lockerungen der Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen wurden, BGBl. II 197/2020, gesetzwidrig war. 1

### II. Rechtslage

1. §§ 1 und 3 des Bundesgesetzes betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – im Folgenden: COVID-19-MG), BGBl. I 12/2020, idF BGBl. I 23/2020 (§ 1) und BGBl. I 12/2020 (§ 3) lauteten auszugsweise: 2

## **"Betreten von Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen sowie Arbeitsorte**

§ 1. Beim Auftreten von COVID-19 kann der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung das Betreten von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen oder Arbeitsorte im Sinne des § 2 Abs. 3 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz untersagen, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. In der Verordnung kann geregelt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit jene Betriebsstätten betreten werden dürfen, die vom Betretungsverbot ausgenommen sind. Darüber hinaus kann geregelt werden, unter welchen bestimmten Voraussetzungen oder Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten werden dürfen.

[...]

### **Strafbestimmungen**

§ 3. (1) Wer eine Betriebsstätte betritt, deren Betreten gemäß § 1 untersagt ist, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 3 600 Euro zu bestrafen.

[...]"

2. § 2 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Lockerungen der Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen wurden (COVID-19-Lockerungsverordnung – im Folgenden: COVID-19-LV), BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 207/2020 (die angefochtene Regelung in Abs. 1 idF BGBl. II 197/2020 ist hervorgehoben) lautete:

3

### **"Kundenbereiche**

§ 2. (1) Das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten ist unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

1. Gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ist ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten.
2. Kunden haben eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.
3. Der Betreiber hat sicherzustellen, dass er und seine Mitarbeiter bei Kundenkontakt eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung tragen, sofern zwischen den Personen keine sonstige geeignete Schutzvorrichtung zur räumlichen Trennung vorhanden ist, die das gleiche Schutzniveau gewährleistet.
4. Der Betreiber hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass sich maximal so viele Kunden gleichzeitig im Kundenbereich aufhalten, dass pro Kunde 10 m<sup>2</sup> zur Verfügung stehen; ist der Kundenbereich kleiner als 10 m<sup>2</sup>, so darf jeweils nur ein Kunde die Betriebsstätte betreten. Bei Betriebsstätten ohne Personal ist auf geeignete Weise auf diese Voraussetzung hinzuweisen.
5. Für baulich verbundene Betriebsstätten (z. B. Einkaufszentren, Markthallen) gilt Z 4 mit der Maßgabe, dass die Flächen der Kundenbereiche der Betriebs-

stätten und des Verbindungsbauwerks zusammenzählen sind und dass sich sowohl auf der so ermittelten Fläche als auch im Kundenbereich der jeweiligen Betriebsstätten maximal so viele Kunden gleichzeitig aufhalten dürfen, dass pro Kunde 10 m<sup>2</sup> der so ermittelten Fläche bzw. des Kundenbereichs der Betriebsstätte zur Verfügung stehen.

(2) Kann auf Grund der Eigenart der Dienstleistung

1. der Mindestabstand von einem Meter zwischen Kunden und Dienstleister und/oder

2. vom Kunden das Tragen von einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung nicht eingehalten werden

ist diese nur zulässig, wenn durch sonstige geeignete Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko minimiert werden kann.

(3) Abs. 1 Z 1 bis 3 ist sinngemäß auf geschlossene Räume von Einrichtungen zur Religionsausübung anzuwenden.

(4) Abs. 1 Z 1 bis 3 ist sinngemäß auf Märkte im Freien anzuwenden.

(5) Beim Betreten von Pflegeheimen, Krankenanstalten und Kuranstalten sowie beim Betreten von Orten, an denen Gesundheits- und Pflegedienstleistungen erbracht werden, hat der Betreiber bzw. Dienstleistungserbringer durch geeignete Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko zu minimieren."

### **III. Anlassverfahren, Antragsvorbringen und Vorverfahren**

1. Dem Antrag liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

4

1.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters von Wiener Neustadt vom 27. Juli 2020 wurde der Beschwerdeführerin des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (im Folgenden: antragstellendes Gericht) zur Last gelegt, sie habe am 22. Mai 2020 um 18:35 Uhr den Kundenbereich der Betriebsstätte eines näher genannten Unternehmens betreten, ohne eine den Mund- und Nasenbereich gut abdeckende mechanische Schutzvorrichtung als Barriere gegen Tröpfcheninfektion getragen zu haben, obwohl das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten gemäß der COVID-19-LV in der Zeit vom 1. Mai 2020 bis 30. Juni 2020 nur unter der Voraussetzung erlaubt gewesen sei, dass Kunden eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende Schutzvorrichtung tragen. Über die Beschwerdeführerin des Verfahrens vor dem antragstellenden Gericht wurde daher eine Geldstrafe verhängt.

5

1.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die Beschwerdeführerin des Verfahrens vor dem antragstellenden Gericht Beschwerde.

6

2. Das antragstellende Gericht legt die Bedenken, die es zur Antragstellung beim Verfassungsgerichtshof bestimmt haben, zusammengefasst wie folgt dar: 7

2.1. Zur Zulässigkeit des Antrages weist das antragstellende Gericht darauf hin, dass es auf Grund der rechtzeitigen Beschwerde gemäß § 50 VwGVG zu entscheiden habe. Nach dem im Straferkenntnis gemäß § 44a Z 1 VStG erhobenen Tatvorwurf sei zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin des Verfahrens vor dem antragstellenden Gericht § 2 Abs. 1 Z 2 COVID-19-LV in der Stammfassung BGBl. II 197/2020 übertreten habe. Es sei in diesem Zusammenhang nicht von Relevanz, dass im Straferkenntnis – anders als noch in der Strafverfügung – als verletzte Verwaltungsvorschrift (offenbar auf Grund eines Versehens) "§ 1 Abs. 2 Ziffer BGBl. II Nr. 197/2020 (COVID-19-Lockerungsverordnung)" angegeben worden sei, zumal eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und der angewendeten Strafnorm) zulässig bzw. verpflichtend sei, wenn es dadurch nicht zu einem Austausch der Tat durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zugrunde gelegten Sachverhalts komme (VwGH 25.3.2020, Ra 2020/02/0033). Würde die Gesetzeswidrigkeit der angefochtenen Bestimmung festgestellt, wäre das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das zugrunde liegende Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. 8

2.2. In der Sache führt das antragstellende Gericht aus, mit [im Antrag in Auszügen wiedergegebenem] Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 1. Oktober 2020, G 271/2020, V 463-467/2020, sei zu Recht erkannt worden, dass die Wortfolge "und eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen" in § 1 Abs. 2 COVID-19-LV, BGBl. II 197/2020, gesetzeswidrig gewesen sei. Wesentlicher Grund der Feststellung der Gesetzeswidrigkeit der [dort] geprüften Verordnungsbestimmung sei demnach die fehlende aktenmäßige Dokumentation der für die Verordnungserlassung maßgeblichen Grundlagen im Zeitpunkt der Erlassung der Verordnung gewesen. Dies schein aber die gesamte Verordnung und somit auch die im vorliegenden Fall vom antragstellenden Gericht anzuwendende Bestimmung des § 2 Abs. 1 Z 2 COVID-19-LV zu betreffen. Daher hege das antragstellende Gericht Zweifel an deren Gesetzmäßigkeit. 9

3. Der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (im Folgenden: BMSGPK) hat eine Äußerung erstattet, in der er vorbringt, er erachte es vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu § 1 Abs. 2 COVID-19-LV idF BGBl. II 197/2020 (VfGH 1.10.2020, G 271/2020, V 463-467/2020) für aussichtslos, im vorliegenden Fall ein inhaltliches Vorbringen zu erstatten. Dadurch solle jedoch nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass die COVID-19-LV idF BGBl. II 197/2020 inhaltlich als gesetz- bzw. verfassungswidrig angesehen werde. Hinsichtlich der auf die angefochtene Verordnung bezughabenden Akten verweist der BMSGPK auf die entsprechenden Beilagen zum Verfahren V 350-354/2020. 10

4. Die Beschwerdeführerin des Verfahrens vor dem antragstellenden Gericht hat als beteiligte Partei eine Äußerung erstattet, in der sie sich den Bedenken des antragstellenden Gerichtes anschließt und ergänzend zusammengefasst ausführt, dass es zum Zeitpunkt der Verordnungserlassung keine ausreichende Dokumentation der Gefährlichkeit von COVID-19 gegeben habe und das Tragen einer mechanischen Schutzmaske unverhältnismäßig gewesen sei. 11

## **IV. Erwägungen**

### **1. Zur Zulässigkeit des Antrages**

1.1. Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iSd Art. 139 Abs. 1 Z 1 B-VG bzw. des Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG nur dann wegen Fehlens der Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkunmöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (vgl. etwa VfSlg. 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001, 16.927/2003). 12

1.2. Dem antragstellenden Gericht ist nicht entgegenzutreten, wenn es davon ausgeht, dass es § 2 Abs. 1 Z 2 COVID-19-LV idF BGBl. II 197/2020 im Anlassverfahren anzuwenden hat. 13

1.3. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweist sich der Antrag insgesamt als zulässig. 14

## 2. In der Sache

2.1. Der Verfassungsgerichtshof ist in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit einer Verordnung gemäß Art. 139 B-VG auf die Erörterung der geltend gemachten Bedenken beschränkt (vgl. VfSlg. 11.580/1987, 14.044/1995, 16.674/2002). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Verordnung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen gesetzwidrig ist (VfSlg. 15.644/1999, 17.222/2004). 15

2.2. Der Antrag ist begründet. 16

2.3. Der Verfassungsgerichtshof hat mit seinem Erkenntnis vom 14. Juli 2020, V 411/2020, ausgesprochen, dass der Gesetzgeber mit § 1 COVID-19-MG [idF BGBl. I 23/2020] dem Verordnungsgeber (BMSGPK) einen Einschätzungs- und Prognosespielraum, ob und wie weit er zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 auch erhebliche Grundrechtsbeschränkungen für erforderlich hält, überträgt, womit der Verordnungsgeber seine Entscheidung als Ergebnis einer Abwägung mit den einschlägigen grundrechtlich geschützten Interessen der betroffenen Unternehmen, ihrer Arbeitnehmer und Kunden zu treffen hat. Der Verordnungsgeber muss also in Ansehung des Standes und der Ausbreitung von COVID-19 notwendig prognosehaft beurteilen, inwieweit in Aussicht genommene Betretungsverbote oder Betretungsbeschränkungen von Betriebsstätten zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geeignete (der Zielerreichung dienliche) erforderliche (gegenläufige Interessen weniger beschränkend und zugleich weniger effektiv nicht mögliche) und insgesamt angemessene (nicht hinnehmbare Grundrechtseinschränkungen ausschließende) Maßnahmen darstellen. 17

2.3.1. Der Einschätzungs- und Prognosespielraum des Verordnungsgebers umfasst insoweit auch die zeitliche Dimension dahingehend, dass ein schrittweises, nicht vollständig abschätzbare Auswirkungen beobachtendes und entsprechend 18

wiederum durch neue Maßnahmen reagierendes Vorgehen von der gesetzlichen Ermächtigung des § 1 COVID-19-MG vorgesehen und auch gefordert ist.

2.3.2. Angesichts der damit inhaltlich weitreichenden Ermächtigung des Verordnungsgebers verpflichtet § 1 COVID-19-MG vor dem Hintergrund des Art. 18 Abs. 2 B-VG den Verordnungsgeber im einschlägigen Zusammenhang auch, die Wahrnehmung seines Entscheidungsspielraums im Lichte der gesetzlichen Zielsetzungen insoweit nachvollziehbar zu machen, als er im Verordnungserlassungsverfahren festhält, auf welcher Informationsbasis über die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände die Verordnungsentscheidung fußt und die gesetzlich vorgegebene Abwägungsentscheidung erfolgt ist. Die diesbezüglichen Anforderungen dürfen naturgemäß nicht überspannt werden, sie bestimmen sich maßgeblich danach, was in der konkreten Situation möglich und zumutbar ist. Auch in diesem Zusammenhang kommt dem Zeitfaktor entsprechende Bedeutung zu.

19

2.4. All dies hat der Verfassungsgerichtshof bei seiner Prüfung, ob der BMSGPK den gesetzlichen Vorgaben bei Erlassung der angefochtenen Bestimmung des § 2 Abs. 1 Z 2 COVID-19-LV idF BGBl. II 197/2020 entsprochen hat, zu berücksichtigen. Dass es damit dafür, ob die angefochtene Verordnungsbestimmung mit den Zielsetzungen des § 1 COVID-19-MG im Einklang steht, auch auf die Einhaltung bestimmter Anforderungen der aktenmäßigen Dokumentation im Verfahren der Verordnungserlassung ankommt, ist kein Selbstzweck. Auch in Situationen, die deswegen krisenhaft sind, weil für ihre Bewältigung entsprechende Routinen fehlen, und in denen der Verwaltung zur Abwehr der Gefahr gesetzlich erhebliche Spielräume eingeräumt sind, kommt solchen Anforderungen eine wichtige, die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns sichernde Funktion zu (vgl. auch VfGH 1.10.2020, G 272/2020 ua.; 1.10.2020, V 405/2020; 1.10.2020, V 429/2020).

20

2.5. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 1. Oktober 2020, V 429/2020, ausgesprochen, dass § 6 COVID-19-LV idF BGBl. II 197/2020 gesetzwidrig war. Mit Erkenntnis vom selben Tag, G 271/2020, V 463-467/2020, hat der Verfassungsgerichtshof die Gesetzwidrigkeit der Wortfolge "und eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen" in § 1 Abs. 2 COVID-19-LV idF BGBl. II 197/2020 festgestellt. Diese Bestimmungen

21



verstießen gegen § 1 COVID-19-MG bzw. § 2 COVID-19-MG, weil es der Verordnungsgeber gänzlich unterlassen hat, jene Umstände, die ihn bei der Verordnungserlassung bestimmt haben, so festzuhalten, dass entsprechend nachvollziehbar ist, warum der Verordnungsgeber die mit diesen Regelungen getroffenen Maßnahmen für erforderlich gehalten hat.

2.6. Auch im Hinblick auf die angefochtene Bestimmung des § 2 Abs. 1 Z 2 COVID-19-LV idF BGBl. II 197/2020 enthält der Verordnungsakt, der der Erlassung der Stammfassung der COVID-19-LV, BGBl. II 197/2020, zugrunde liegt, keine Entscheidungsgrundlagen, Unterlagen oder Hinweise, die die Umstände der zu erlassenden Regelungen betreffen. Es ist aus den vorgelegten Verordnungsakten nicht ersichtlich, welche Umstände im Hinblick auf welche möglichen Entwicklungen von COVID-19 den Verordnungsgeber bei seiner Entscheidung, Kunden beim Betreten des Kundenbereiches von Betriebsstätten zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung zu verpflichten, geleitet haben. 22

2.7. § 2 Abs. 1 Z 2 COVID-19-LV idF BGBl. II 197/2020 verstößt somit gegen § 1 COVID-19-MG. Da diese Bestimmung bereits außer Kraft getreten ist (vgl. Z 1 der Verordnung BGBl. II 246/2020), genügt es festzustellen, dass die Bestimmung gesetzwidrig war. 23

## V. Ergebnis

1. § 2 Abs. 1 Z 2 COVID-19-LV idF BGBl. II 197/2020 ist durch die Verordnung BGBl. II 246/2020 geändert worden (diese Änderung ist mit 30. Mai 2020 in Kraft getreten, siehe § 13 Abs. 6 COVID-19-LV idF BGBl. II 246/2020). Der Verfassungsgerichtshof hat sich daher gemäß Art. 139 Abs. 4 B-VG auf die Feststellung zu beschränken, dass § 2 Abs. 1 Z 2 COVID-19-LV, BGBl. II 197/2020, gesetzwidrig war. 24

2. Der Ausspruch, dass die unter Punkt 1. genannte Bestimmung nicht mehr anzuwenden ist, stützt sich auf Art. 139 Abs. 6 zweiter Satz B-VG. 25

3. Die Verpflichtung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz zur unverzüglichen Kundmachung der Aussprüche erfließt aus Art. 139 Abs. 5 zweiter Satz B-VG iVm § 4 Abs. 1 Z 4 BGBIG. 26
4. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 27

Wien, am 8. Juni 2021

Der Präsident:

DDr. GRABENWARTER

Schriftführerin:

Mag. KREN, MA