

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

V 560/2020-10

15. Dezember 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. Sieglinde GAHLEITNER,
Dr. Andreas HAUER,
Dr. Christoph HERBST,
Dr. Michael HOLOUBEK,
Dr. Helmut HÖRTENHUBER,
Dr. Claudia KAHR,
Dr. Georg LIENBACHER,
Dr. Michael RAMI,
Dr. Johannes SCHNIZER und
Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

sowie des Ersatzmitgliedes
MMag. Dr. Barbara LEITL-STAUDINGER

als Stimmführer, im Beisein des verfassungsrechtlichen Mitarbeiters
Dr. Andreas FRÖSSEL, MA
als Schriftführer,

über den Antrag des *****, *****, *****, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. Dr. Michael Schilchegger, Ferdinand-Markl-Straße 1, 4040 Linz, näher bezeichnete Bestimmungen der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen werden, BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 455/2020 als verfassungs- und gesetzwidrig aufzuheben, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 139 B-VG zu Recht erkannt:

- I. 1. § 6 Abs. 1a, 1b und 3a der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen werden (COVID-19-Maßnahmenverordnung – COVID-19-MV), BGBl. II Nr. 197/2020, idF BGBl. II Nr. 455/2020 war gesetzwidrig.

2. Die als gesetzwidrig festgestellten Bestimmungen sind nicht mehr anzuwenden.

3. Der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt II verpflichtet.
- II. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.
- III. Der Bund (Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz) ist schuldig, dem Antragsteller zuhanden seines Rechtsvertreters die mit € 1.548,- bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe

I. Antrag

Gestützt auf Art. 139 Abs. 1 Z 3 B-VG begehrt der Antragsteller, der Verfassungsgerichtshof möge § 6 Abs. 1a COVID-19-MV, BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 407/2020, BGBl. II 412/2020, BGBl. II 455/2020, § 6 Abs. 1b, 2a und 3a COVID-19-

1

MV, BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 455/2020 sowie die Wortfolge "mit der Maßgabe, dass 1. Speisen und Getränke mit Ausnahme von Wasser erst ab einer Veranstaltungsdauer von mindestens drei Stunden verabreicht werden dürfen oder 2. die Verabreichung von Speisen und Getränken an den zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen typischerweise kennzeichnender Bestandteil der Veranstaltung ist" in § 10 Abs. 3 letzter Satz COVID-19-MV, BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 287/2020, BGBl. II 398/2020, BGBl. II 455/2020 als gesetz- bzw. verfassungswidrig aufheben; in eventu nach einem Außerkrafttreten der angefochtenen Normen aussprechen, dass die angefochtenen Bestimmungen gesetz- bzw. verfassungswidrig waren; in eventu bei einem nur teilweisen Zutreffen der dargelegten Bedenken gegen die angefochtenen Normen diese dementsprechend teilweise als gesetz- bzw. verfassungswidrig aufheben bzw. aussprechen, dass die Bestimmungen teilweise gesetz- bzw. verfassungswidrig waren.

II. Rechtslage

1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG), BGBl. I 12/2020, idF BGBl. I 104/2020 lauten bzw. lauteten – auszugsweise – wie folgt:

2

"Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz ermächtigt zur Regelung des Betretens und des Befahrens von Betriebsstätten, Arbeitsorten, bestimmten Orten und öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit, zur Regelung des Benutzens von Verkehrsmitteln sowie zu Ausgangsregelungen als gesundheitspolizeiliche Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19.

(2) Als Betreten im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt auch das Verweilen.

(3) Bestimmte Orte im Sinne dieses Bundesgesetzes sind bestimmte öffentliche und bestimmte private Orte mit Ausnahme des privaten Wohnbereichs.

(4) Öffentliche Orte im Sinne dieses Bundesgesetzes sind solche, die von einem nicht von vornherein bestimmten Personenkreis betreten oder befahren werden können.

(5) Als Auflagen nach diesem Bundesgesetz kommen insbesondere in Betracht:

1. Abstandsregeln,
2. die Verpflichtung zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung,
3. sonstige Schutzmaßnahmen wie organisatorische oder räumliche Maßnahmen und

4. Präventionskonzepte, das sind programmhafte Darstellungen von – dem jeweiligen Angebot angepassten – Regelungen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19.

(6) Voraussetzungen nach diesem Bundesgesetz sind insbesondere bestimmte Arten oder Zwecke der Nutzung von Orten und Verkehrsmitteln.

(7) Die Bewertung der epidemiologischen Situation hat insbesondere anhand folgender Kriterien zu erfolgen:

1. Übertragbarkeit, gemessen an neu aufgetretenen COVID-19-Fällen und Clustern,
2. Clusteranalyse, gemessen an der Anzahl der Fälle mit gekläarter Quelle,
3. Ressourcen und Kapazitäten im Gesundheitswesen unter Berücksichtigung der aktuellen Auslastung der vorhandenen Spitalskapazitäten sowie der aktuellen Belegung auf Normal- und Intensivstationen,
4. durchgeführte SARS-CoV-2-Tests samt Positivrate und
5. regionale Besonderheiten wie ein besonderer Zustrom ortsfremder Personen, insbesondere Tourismus- und Pendlerströme.

(8) In einer auf Grundlage dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung können typisierende Abstufungen hinsichtlich der epidemiologischen Situation vorgenommen werden und an unterschiedliche Risikoeinstufungen unterschiedliche Maßnahmen geknüpft werden ('Ampelsystem').

Corona-Kommission

§ 2. (1) Zur Beratung des für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesministers bei der Bewertung der epidemiologischen Situation gemäß § 1 Abs. 7 ist beim Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz ein Beirat (Corona-Kommission) einzurichten.

(2) Die Empfehlungen der Corona-Kommission sind auf der Website des für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesministers zu veröffentlichen. Darüber hinaus sollen auch die wesentlichen Begründungen dafür veröffentlicht werden.

Betreten und Befahren von Betriebsstätten und Arbeitsorten sowie Benutzen von Verkehrsmitteln

§ 3. (1) Beim Auftreten von COVID-19 kann durch Verordnung

1. das Betreten und das Befahren von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen,
 2. das Betreten und das Befahren von Arbeitsorten oder nur bestimmten Arbeitsorten gemäß § 2 Abs. 3 des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes und
 3. das Benutzen von Verkehrsmitteln oder nur bestimmten Verkehrsmitteln
- geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

(2) In einer Verordnung gemäß Abs. 1 kann entsprechend der epidemiologischen Situation festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten und befahren oder Verkehrsmittel benutzt werden dürfen. Weiters kann das Betreten und Befahren von Betriebsstätten oder Arbeitsorten sowie das Benutzen

von Verkehrsmitteln untersagt werden, sofern gelindere Maßnahmen nicht ausreichen.

Betreten und Befahren von bestimmten Orten und öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit

§ 4. (1) Beim Auftreten von COVID-19 kann durch Verordnung das Betreten und das Befahren von

1. bestimmten Orten oder
2. öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit

geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

(2) In einer Verordnung gemäß Abs. 1 kann entsprechend der epidemiologischen Situation festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen diese Orte betreten und befahren werden dürfen. Weiters kann das Betreten und Befahren bestimmter Orte gemäß Abs. 1 Z 1, nicht aber öffentlicher Orte in ihrer Gesamtheit gemäß Abs. 1 Z 2 untersagt werden, sofern gelindere Maßnahmen nicht ausreichen.

[...]

Zuständigkeiten

§ 7. (1) Verordnungen nach diesem Bundesgesetz sind vom für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesminister zu erlassen.

[...]

Strafbestimmungen

§ 8. [...]

(2) Wer

1. eine Betriebsstätte oder einen Arbeitsort entgegen den in einer Verordnung gemäß § 3 festgelegten Voraussetzungen oder an ihn gerichteten Auflagen betritt oder befährt oder ein Verkehrsmittel entgegen den in einer Verordnung gemäß § 3 festgelegten Voraussetzungen oder an ihn gerichteten Auflagen benutzt oder

2. die in einer Verordnung gemäß § 4 genannten Orte entgegen den dort festgelegten Zeiten, Voraussetzungen oder an ihn gerichteten Auflagen betritt oder befährt,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 500 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, zu bestrafen.

[...]

(4) Wer als Inhaber einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes, als Betreiber eines Verkehrsmittels oder als gemäß § 4 hinsichtlich bestimmter privater Orte, nicht von Abs. 2 erfasster Verpflichteter nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte, der Arbeitsort, das Verkehrsmittel oder der bestimmte private Ort nicht entgegen den in einer Verordnung gemäß §§ 3 und 4 festgelegten Personenzahlen, Zeiten, Voraussetzungen oder Auflagen betreten oder befahren wird, begeht

eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 3 600 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu vier Wochen, zu bestrafen.

[...]

Anhörung der Corona-Kommission

§ 10. Der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister hat – außer bei Gefahr in Verzug – vor Erlassung von Verordnungen nach diesem Bundesgesetz die Corona-Kommission zu hören.

[...]"

2. Die maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen werden (COVID-19-Maßnahmenverordnung – COVID-19-MV), BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 455/2020 (mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 1. Oktober 2020, G 272/2020 ua., wurden die Abs. 1 und 4 idF BGBl. II 207/2020 aufgehoben; mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 8. Juni 2021, V 615/2020, wurde Abs. 3 idF BGBl. II 207/2020 als gesetzwidrig festgestellt; die angefochtenen Bestimmungen und Wortfolgen idF BGBl. II 455/2020 sind hervorgehoben) lauteten auszugsweise:

3

"Gastgewerbe

§ 6. (1) Das Betreten von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe ist unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen zulässig.

(1a) Der Betreiber darf Besuchergruppen in geschlossene Räume nur einlassen, wenn diese

1. aus sechs Personen oder

2. ausschließlich aus Personen bestehen, die im gemeinsamen Haushalt leben. In die Personenhöchstgrenze gemäß Z 1 nicht einzurechnen sind insgesamt höchstens sechs minderjährige Kinder dieser Personen oder Minderjährige, denen gegenüber diese Personen Aufsichtspflichten wahrnehmen.

(1b) Der Betreiber darf Besuchergruppen im Freien nur einlassen, wenn diese

1. aus maximal zwölf Personen oder

2. ausschließlich aus Personen bestehen, die im gemeinsamen Haushalt leben. In die Personenhöchstgrenze gemäß Z 1 nicht einzurechnen sind insgesamt höchstens sechs minderjährige Kinder dieser Personen oder Minderjährige, denen gegenüber diese Personen Aufsichtspflichten wahrnehmen.

(1c) Umfasst die Betriebsstätte insgesamt mehr als 50 tatsächlich zur Verfügung stehende Sitzplätze, ist ein COVID-19-Beauftragter zu bestellen. Weiters hat der Betreiber basierend auf einer Risikoanalyse ein dem Stand der Wissenschaft entsprechendes COVID-19-Präventionskonzept zur Minimierung des Infektionsrisikos auszuarbeiten und umzusetzen. Das COVID-19-Präventionskonzept hat insbesondere zu enthalten:

1. spezifische Hygienevorgaben,

2. Regelungen zum Verhalten bei Auftreten einer SARS-CoV-2-Infektion,
3. Regelungen betreffend die Nutzung sanitärer Einrichtungen,
4. Regelungen betreffend die Verabreichung von Speisen und Getränken,
5. Regelungen zur Steuerung der Besuchergruppen,
6. Schulung der Mitarbeiter in Bezug auf Hygienemaßnahmen.

Das COVID-19-Präventionskonzept kann auch ein datenschutzkonformes System zur Nachvollziehbarkeit von Kontakten, wie beispielsweise ein System zur Erfassung von Anwesenheiten auf freiwilliger Basis der Gäste, beinhalten.

(2) Der Betreiber darf das Betreten der Betriebsstätte für Kunden nur im Zeitraum zwischen 05.00 und 01.00 Uhr des folgenden Tages zulassen. Restriktivere Sperrstunden und Aufsperrstunden aufgrund anderer Rechtsvorschriften bleiben unberührt.

(2a) Nach der Sperrstunde dürfen im Umkreis von 50 Metern um Betriebsstätten der Gastgewerbe keine alkoholischen Getränke konsumiert werden.

(3) Der Betreiber hat sicherzustellen, dass die Konsumation von Speisen und Getränken nicht in unmittelbarer Nähe der Ausgabestelle erfolgt.

(3a) Speisen und Getränke dürfen nur im Sitzen an Verabreichungsplätzen konsumiert werden. Abweichend davon dürfen Speisen und Getränke im Freien an Imbissständen, wie beispielsweise an Würstelständen, Kebabständen, Punschständen und Gastronomieständen von Märkten oder Gelegenheitsmärkten im Sinne des § 10c an Verabreichungsplätzen auch im Stehen konsumiert werden.

(4) Der Betreiber hat die Verabreichungsplätze so einzurichten, dass zwischen den Besuchergruppen ein Abstand von mindestens einem Meter besteht. Dies gilt nicht, wenn durch geeignete Schutzmaßnahmen zur räumlichen Trennung das Infektionsrisiko minimiert werden kann.

(5) Vom erstmaligen Betreten der Betriebsstätte bis zum Einfinden am Verabreichungsplatz hat der Kunde gegenüber anderen Personen, die nicht zu seiner Besuchergruppe gehören, einen Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten. Beim Verlassen des Verabreichungsplatzes hat der Kunde gegenüber anderen Personen, die nicht zu seiner Besuchergruppe gehören, einen Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten.

(5a) Die Betreiber sowie deren Mitarbeiter haben bei Kundenkontakt eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen, sofern zwischen den Personen keine sonstige geeignete Schutzvorrichtung zur räumlichen Trennung vorhanden ist, die das gleiche Schutzniveau gewährleistet.

(5b) Der Kunde hat – ausgenommen während des Verweilens am Verabreichungsplatz – eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.

(6) Selbstbedienung ist zulässig, sofern durch besondere hygienische Vorkehrungen das Infektionsrisiko minimiert werden kann.

(7) Die Abs. 2 und 2a gelten nicht für Betriebsarten der Gastgewerbe, die innerhalb folgender Einrichtungen betrieben werden:

1. Krankenanstalten und Kureinrichtungen;

2. Alten-, Pflege- und Behindertenheime;
3. Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung von Kindern und Jugendlichen einschließlich Schulen und Kindergärten;
4. Betrieben, wenn diese ausschließlich durch Betriebsangehörige genützt werden dürfen.

(8) Die Abs. 2, 2a, 3a und 4 gelten nicht für Betriebsarten der Gastgewerbe, die innerhalb von Massenbeförderungsmitteln betrieben werden.

[...]

Veranstaltungen

§ 10. (1) Als Veranstaltungen im Sinne dieser Verordnung gelten insbesondere geplante Zusammenkünfte und Unternehmungen zur Unterhaltung, Belustigung, körperlichen und geistigen Ertüchtigung und Erbauung. Dazu zählen jedenfalls kulturelle Veranstaltungen, Sportveranstaltungen, Hochzeiten, Begräbnisse, Filmvorführungen, Ausstellungen, Vernissagen, Kongresse, Angebote der außerschulischen Jugendberziehung und Jugendarbeit, Schulungen und Aus- und Fortbildungen.

(2) Veranstaltungen ohne zugewiesene und gekennzeichnete Sitzplätze, wie beispielsweise Hochzeits-, Geburtstags- und Weihnachtsfeiern, mit mehr als sechs Personen in geschlossenen Räumen und mit mehr als zwölf Personen im Freiluftbereich sind untersagt. In diese Personenhöchstgrenzen nicht einzurechnen sind insgesamt höchstens sechs minderjährige Kinder dieser Personen oder Minderjährige, denen gegenüber diese Personen Aufsichtspflichten wahrnehmen sowie Personen, die zur Durchführung der Veranstaltung erforderlich sind. Für das Verabreichen von Speisen und den Ausschank von Getränken sowie für die Sperrstundenregelung gilt § 6.

(2a) An einem Veranstaltungsort dürfen mehrere Veranstaltungen gleichzeitig stattfinden, sofern die Höchstzahlen des Abs. 2 pro Veranstaltung nicht überschritten werden und durch organisatorische Maßnahmen, wie etwa durch räumliche oder bauliche Trennung oder zeitliche Staffelung, eine Durchmischung der Personen ausgeschlossen und das Infektionsrisiko minimiert wird.

(3) Veranstaltungen mit ausschließlich zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen sind mit einer Höchstzahl bis zu 1 000 Personen in geschlossenen Räumen und mit einer Höchstzahl bis zu 1 500 Personen im Freiluftbereich zulässig. Personen, die zur Durchführung der Veranstaltung erforderlich sind, sind in diese Höchstzahlen nicht einzurechnen. Für das Verabreichen von Speisen und den Ausschank von Getränken sowie für die Sperrstundenregelung gilt § 6 mit der Maßgabe, dass

1. Speisen und Getränke mit Ausnahme von Wasser erst ab einer Veranstaltungsdauer von mindestens drei Stunden verabreicht werden dürfen oder
2. die Verabreichung von Speisen und Getränken an den zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen typischerweise kennzeichnender Bestandteil der Veranstaltung ist.

[...]

(5) Der für eine Veranstaltung Verantwortliche hat bei Veranstaltungen in geschlossenen Räumen mit über 50 Personen und bei Veranstaltungen im Freien mit über 100 Personen einen COVID-19-Beauftragten zu bestellen. Für Veranstaltungen in geschlossenen Räumen mit über sechs Personen und Veranstaltungen im Freien mit über zwölf Personen ist ein Präventionskonzept auszuarbeiten und umzusetzen. Veranstaltungen gemäß Satz 2, die nicht ohnehin der Bewilligungspflicht nach dieser Verordnung unterliegen, sind zudem der für den Veranstaltungsort zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde unter Beifügung des Präventionskonzepts anzuzeigen. Das COVID-19-Präventionskonzept hat insbesondere Vorgaben zur Schulung der Mitarbeiter und basierend auf einer Risikoanalyse Maßnahmen zur Minimierung des Infektionsrisikos zu beinhalten. Hierzu zählen insbesondere:

1. Regelungen zur Steuerung der Besucherströme,
2. spezifische Hygienevorgaben,
3. Regelungen zum Verhalten bei Auftreten einer SARS-CoV-2-Infektion,
4. Regelungen betreffend die Nutzung sanitärer Einrichtungen,
5. Regelungen betreffend die Verabreichung von Speisen und Getränken.

Das COVID-19-Präventionskonzept kann auch ein datenschutzkonformes System zur Nachvollziehbarkeit von Kontakten wie beispielsweise ein System zur Erfassung von Anwesenheiten auf freiwilliger Basis der Besucher beinhalten.

(5a) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat die Einhaltung der COVID-19-Präventionskonzepte stichprobenartig zu überprüfen.

(6) Bei Veranstaltungen mit zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen ist ein Abstand von mindestens einem Meter gegenüber anderen Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben oder nicht einer gemeinsamen Besuchergruppe angehören, einzuhalten. Kann dieser Abstand auf Grund der Anordnungen der Sitzplätze nicht eingehalten werden, sind die jeweils seitlich daneben befindlichen Sitzplätze freizuhalten, sofern nicht durch andere geeignete Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko minimiert werden kann.

(7) Beim Betreten von Veranstaltungsorten gemäß Abs. 6 ist eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.

(8) Bei Veranstaltungen ohne zugewiesene und gekennzeichnete Sitzplätze ist gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten. Weiters ist eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.

[...]

(10a) Für Begräbnisse gilt eine Höchstzahl von 100 Personen. Abs. 2 bis 5a gelten nicht.

(11) Die Abs. 1 bis 9 gelten nicht für

1. Veranstaltungen im privaten Wohnbereich,
2. Veranstaltungen zur Religionsausübung,
3. Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz 1953, BGBl. Nr. 98/1953. Diese sind unter den Voraussetzungen des genannten Bundesgesetzes zulässig, mit der Maßgabe, dass Teilnehmer eine den Mund- und Nasenbereich abde-

ckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen haben, sofern nicht ein Abstand von mindestens einem Meter zwischen Teilnehmern, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, eingehalten werden kann.

4. Zusammenkünfte zu beruflichen Zwecken, wenn diese zur Aufrechterhaltung der beruflichen Tätigkeit erforderlich sind,

5. Zusammenkünfte von Organen politischer Parteien,

6. Zusammenkünfte von Organen juristischer Personen,

7. Zusammenkünfte gemäß Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG, BGBl. 22/1974,

8. Betretungen von Theatern, Konzertsälen und -arenen, Kinos, Varietees und Kabaretts, die mit mehrspurigen Kraftfahrzeugen erfolgen.

[...]"

III. Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Der Antragsteller bringt vor, er sei Gastwirt, Geschäftsführer und verwaltungsstrafrechtlich persönlich Verantwortlicher (§ 9 VStG) der ***** GmbH, die unter der Bezeichnung "*****" das Gastgewerbe zur Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken betreibe (§ 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994). Im Gasthaus und im Freien (Gastgarten) stünden insgesamt ca. 170 Sitzplätze zur Verfügung, die sich zum Teil vor der Eingangstüre befänden.

4

2. Zu seiner Antragslegitimation führt der Antragsteller im Wesentlichen aus, er habe gemäß § 8 COVID-19-MG idF BGBl. I 104/2020 unter Androhung hoher Verwaltungsstrafen dafür zu sorgen, dass die den Gastgewerbebetrieb betreffenden Betretungsverbote und Auflagen einer COVID-19-Maßnahmenverordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (BMSGPK) eingehalten werden. Dies gelte einerseits für die an ihn selbst gerichteten Betretungsverbote, Voraussetzungen und Auflagen (§ 8 Abs. 1 und 2 COVID-19-MG). Als Inhaber einer Betriebsstätte bzw. als gemäß § 9 VStG Verantwortlicher habe der Antragsteller andererseits dafür zu sorgen, dass dritte Personen die Betretungsverbote, Voraussetzungen und Auflagen (§ 8 Abs. 3 und 4 COVID-19-MG) einhalten.

5

2.1. § 6 Abs. 1 und 4 COVID-19-MV sei bereits unter Setzung einer Reparaturfrist aufgehoben worden, würde aber bis 31. Dezember 2020 gelten (VfGH 1.10.2020, G 272/2020 ua.). Dem Antragsteller sei es verwehrt, auch diese bereits aufgehobenen Normen anzufechten. Allerdings würden die im Rechtsbestand verbliebenen bzw. neu hinzugefügten Absätze in § 6 COVID-19-MV weiterhin selbständige Auflagen bzw. Voraussetzungen der zulässigen Betretung von Betriebsstätten des

6

Gastgewerbes normieren. Eine Missachtung der verbleibenden Normen des § 6 COVID-19-MV würde weiterhin eine Strafbarkeit des Antragstellers begründen. Die Anfechtungslegitimation werde auch nicht durch die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes vom 1. Oktober 2020, V 428/2020 und V 429/2020, mit denen die Gesetzwidrigkeit der §§ 6 und 10 COVID-19-LV idF BGBl. II 197/2020 ausgesprochen worden sei, berührt. Diese Aufhebungen hätten die Stammfassungen, die bereits außer Kraft getreten bzw. durch spätere Novellierungen überholt worden seien, betroffen.

2.2. Der Antragsteller sei von den angefochtenen Bestimmungen in seiner Rechtssphäre persönlich, unmittelbar, nachteilig und aktuell betroffen. Angesichts der gesetzlichen, ihn persönlich betreffenden Strafdrohungen (§ 8 COVID-19-MG iVm § 9 VStG) seien die angefochtenen Bestimmungen für ihn bereits tatsächlich und ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder Erlassung eines Bescheides wirksam geworden. Die Aktualität der Betroffenheit gehe nach gefestigter Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes auch nicht dadurch verloren, dass die Bestimmungen womöglich zum Zeitpunkt der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes außer Kraft getreten seien (vgl. VfGH 14.7.2020, V 411/2020; 1.10.2020, V 405/2020). Das fortgesetzte Rechtsschutzinteresse des Antragstellers könne auch in einem absehbar späteren Entscheidungszeitpunkt noch nicht weggefallen sein, da die fortlaufende Änderung der COVID-19-Maßnahmen ("Verschärfungen" bzw. "Lockerungen") neuerlich die Möglichkeit einschließe, auf die angefochtenen Regelungen für Gastwirte zurückzukommen und die angefochtenen, gesetz- bzw. verfassungswidrigen Bestimmungen neuerlich zu erlassen.

2.3. Ein anderer zumutbarer Weg zur Normenkontrolle sei nach geltender Rechtslage nicht gegeben. Der denkmögliche Weg, die angefochtenen Bestimmungen zu missachten, so ein Straferkenntnis zu provozieren und dieses im Rechtsweg zu bekämpfen, sei dem Antragsteller nicht zumutbar.

3. In der Sache hegt der Antragsteller folgende Bedenken:

3.1. Die Bestimmung des § 6 Abs. 1a COVID-19-MV idF BGBl. II 455/2020 bewirke einen ungeeigneten und unverhältnismäßigen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit des Antragstellers (Art. 6 StGG) und sei unsachlich bzw. willkürlich (Art. 2 StGG, Art. 7 B-VG) und daher verfassungswidrig. Der Antragsteller verkenne

nicht, dass die Beschränkung der Anzahl von Personen, die sich in einem Raum oder an einem Tisch aufhalten, geeignet sein könne, zu einer Eindämmung des Infektionsgeschehens beizutragen. Eine "Höchstzahl" pro m² Raum oder pro Tisch verordne diese Bestimmung aber gerade nicht. Es handle sich um eine den Gastwirt verpflichtende Einlasskontrolle.

3.1.1. Die angefochtene Regelung sei ungeeignet zur Bekämpfung des Infektionsgeschehens, da sie nicht ausschließe, dass sich Besuchergruppen vor Annäherung an das Lokal aufteilen und sodann – zulässigerweise – einzeln eintreten und Verabreichungsplätze einnehmen. Eine nachträgliche Kontrolle im Gastronomiebetrieb gemäß § 8 Abs. 4 und § 9 COVID-19-MG, bei der sodann zusammengehörige Besuchergruppen im Lokal identifiziert würden, würde aber einen Verdacht auf den Antragsteller lenken, seine Pflichten zur Einlasskontrolle missachtet zu haben. Eine laufende Einlasskontrolle im Sinne einer äußerst personal- und zeitintensiven Verpflichtung sei exklusiv für das Gastgewerbe normiert worden. Sie gelte also weder für den Kundenbereich von Unternehmen allgemein (§ 2 COVID-19-MV) noch im Mitarbeiterbereich von Unternehmen (§ 3 leg. cit.), in Bädern (§ 5 leg. cit.), für Beherbergungsbetriebe (§ 7 leg. cit.), für die Alten-, Pflege- und Behindertenheime (§ 9 leg. cit.) oder für Freizeiteinrichtungen (§ 9a leg. cit.). Sie gelte aber auch nicht für sonstige Zusammenkünfte aller Art (§ 10 Abs. 1 leg. cit.), die bei ausschließlich zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen bis zu einer Höchstzahl von 1000 Personen in geschlossenen Räumen und mit einer Höchstzahl bis zu 1500 Personen im Freiluftbereich weiterhin zulässig seien (§ 10 Abs. 3 leg. cit.). Davon abgesehen seien auch zahlreiche Zusammenkünfte pauschal von den diesbezüglichen Pflichten ausgenommen (§ 10 Abs. 1 leg. cit.).

11

3.1.2. Die Willkür bzw. Unsachlichkeit bestehe vor allem darin, dass eine sachorientierte Koppelung der Regelungen für Zusammenkünfte aller Art (§ 10 leg. cit.) mit den Regelungen für das Gastgewerbe (§ 6 leg. cit.) unterlassen worden sei:

12

Dies bedeute etwa, dass der Antragsteller den Einlass von Besuchergruppen, die sich zulässigerweise in seinem Gastronomiebetrieb treffen wollen, zB 15 Teilnehmer einer zu Berufszwecken erforderlichen Besprechung oder 80 Teilnehmer der Jahreshauptversammlung eines Vereins (die als Zusammenkünfte gemäß § 10 Abs. 11 Z 4 bzw. Z 6 COVID-19-MV abgesehen von der allgemeinen Abstands- und

13

Maskenschutzpflicht gemäß § 1 Abs. 2 leg. cit. keinen besonderen Beschränkungen unterliegen würden) verwehren müsse; dies obwohl gerade in seinem Betrieb – im Unterschied zu einem Konferenzraum oder einem Vereinshaus – durch Umsetzung des COVID-19-Präventionskonzeptes (§ 6 Abs. 3 COVID-19-MV) die Ansteckungsgefahr minimiert sei. Auch sonstige Zusammenkünfte, die etwa gemäß § 10 Abs. 5 COVID-19-MV anzeigepflichtig seien, könnten nicht im Betrieb des Antragstellers abgehalten werden, weil er eintreffende Besuchergruppen schon bei der Eingangstüre abweisen müsse.

3.1.3. Die Bestimmung des § 6 Abs. 1a COVID-19-MV sei außerdem gesetzwidrig, weil eine Verordnung zur Regelung der Betretung der Gaststätte des Antragstellers nur "entsprechend der epidemiologischen Situation" erlassen werden habe dürfen (§ 3 Abs. 2 bzw. § 4 Abs. 2 COVID-19-MG idF BGBl. I 104/2020). Eine von der AGES veröffentlichte aktuelle Clusteranalyse zeige, dass das Hotel- und Gastgewerbe nur zu einem verschwindend geringen Teil für Clusterbildungen bzw. Neuinfektionen verantwortlich sei. So seien etwa in KW 41 nur 1,4 % der Cluster bzw. 1,2 % der Fälle an Neuinfektionen dem Hotel- und Gastgewerbe zuzuordnen. In der KW 42 seien es 1 % der Cluster und 2,4 % der Fälle gewesen, in der KW 43, bevor mit BGBl. II 455/2020 die Beschränkung auf sechs Personen in Kraft getreten sei, seien es 0,8 % der Cluster und 0,9 % der Fälle gewesen. Die angefochtene Bestimmung sei daher zur Pandemiebekämpfung ungeeignet sowie unverhältnismäßig und in Ansehung gelinderer Maßnahmen in Bereichen mit einem höheren Infektionsgeschehen geradezu willkürlich. Es sei unerfindlich, weshalb ausgerechnet für die Gastronomie diese gesetz- und verfassungswidrige Regelung mit Wirkung ab 25. Oktober 2020 (BGBl. II 455/2020) nochmals verschärft worden sei.

3.2. Auch bei der zur Gänze angefochtenen Bestimmung des § 6 Abs. 1b COVID-19-MV handle es sich um einen ungeeigneten, unverhältnismäßigen Eingriff in die Erwerbsfreiheit des Antragstellers, der willkürlich sei. Zudem sei die Bestimmung gesetzwidrig, weil sie nicht "entsprechend der epidemiologischen Situation" erlassen worden sei. Hierzu werde auf die Ausführungen zu § 6 Abs. 1a leg. cit. verwiesen. Darüber hinaus sei die Bestimmung verfassungswidrig unbestimmt (Art. 18 B-VG, Art. 7 EMRK), da unklar sei, ab wann Besuchergruppen "im Freien" in die Betriebsstätte "eingelassen" werden. Vermutlich sei damit nicht erst die Schwelle zum Gasthaus gemeint. Bei strikter Wortlautinterpretation sei der Antragsteller bereits strafbar, wenn er nicht verhindere, dass Besuchergruppen die

14

15

Sitzplätze vor der Eingangstüre belegen. Das erschwere die Kontrollpflichten massiv. Die Fragwürdigkeit der Regelung zur Bewältigung der epidemiologischen Situation stelle sich hier noch stärker. Aerosole würden sich im Freien großflächig verteilen, sodass die Virenlast durch ständige Frischluftzufuhr jedenfalls soweit gemindert werde, dass eine Ansteckungsgefahr bei Einhaltung des ohnehin auch im Freien gebotenen Mindestabstands zwischen mehreren Personen nahezu ausgeschlossen werden könne.

3.3. Die zur Gänze angefochtene Bestimmung des § 6 Abs. 2a COVID-19-MV bewirke, dass über die allgemeinen Regelungen der Sperrstunde hinaus, die durch eine Ankündigung relativ leicht umgesetzt werden könne, dem Antragsteller zusätzliche Verhaltenspflichten auferlegt würden, die nichts mit dem Infektionsgeschehen zu tun hätten. Durch diese unsachliche Prohibitionsnorm werde es dem Antragsteller einerseits selbst verwehrt, alkoholische Getränke nach 01:00 Uhr in seiner eigenen Betriebsstätte zu konsumieren, was seine Persönlichkeitsrechte bzw. sein Grundrecht auf Privat- und Familienleben verletze. Andererseits werde es ihm als Inhaber des Betriebs auferlegt, nach Inkrafttreten der Sperrstunde zu kontrollieren, ob sich tatsächlich im Umkreis von 50 Metern keine Personen befinden und in diesem Bereich keinen Alkohol konsumieren. Beide Pflichten würden unabhängig davon gelten, ob es sich um eine Mehrheit von Personen handle, die womöglich Abstandspflichten missachten, oder lediglich um Einzelpersonen, deren Aufenthalt und Alkoholkonsum für das Infektionsgeschehen unerheblich sei. Abgesehen von dieser willkürlichen, unzumutbaren Sonderregelung für einen 50-Meter-Umkreis um Betriebsstätten des Gastgewerbes, die auch auf Grund ihrer Unbestimmtheit bedenklich sei, könne Alkohol aber weiterhin gewöhnlich erworben und konsumiert werden. Diese Bestimmung bewirke daher einen ungeeigneten und unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht des Antragstellers auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK) sowie in die Erwerbsausübungsfreiheit (Art. 6 StGG) und sei unsachlich (Art. 2 StGG, Art. 7 B-VG). Eine sinngleiche Bestimmung für öffentliche Zusammenkünfte o.ä. existiere nicht, vielmehr handle es sich um eine gleichheitswidrige Maßnahme, die nur auf Betriebsstätten der Gastgewerbe ziele. Zudem sei die Bestimmung gesetzwidrig, da nicht erkennbar sei, dass sie "entsprechend der epidemiologischen Situation" erlassen worden sei. Der Anteil von Gastronomiebetrieben am Infektionsgeschehen sei laut Clusteranalyse

der AGES denkbar gering. Es sei auch keine Evidenz ersichtlich (oder auch nur plausibel), dass eine Clusterbildung ausgerechnet im Umkreis von 50 Metern um Betriebsstätten der Gastronomie stattfinden würde.

3.4. Auch die zur Gänze angefochtene Bestimmung des § 6 Abs. 3a COVID-19-MV bewirke einen ungeeigneten und unverhältnismäßigen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit des Antragstellers und sei unsachlich bzw. willkürlich. Denn ob Speisen oder Getränke am Verabreichungsplatz im Sitzen oder Stehen konsumiert werden und ob Personen sich im selben Abstand voneinander stehend oder sitzend aufhalten, habe auf das Infektionsgeschehen keinen Einfluss. Die sonstigen geltenden Hygienevorschriften und Verpflichtungen (zB Abstands- und Maskenpflicht) innerhalb der Betriebsstätte seien wirksam und ausreichend. Auch die weitreichende Ausnahme für Imbiss-, Punsch- und Gastronomiestände aller Art, bei denen der stehende Konsum offenbar unproblematisch bzw. unbedenklich sein solle, belege die Unsachlichkeit und Gleichheitswidrigkeit dieser Bestimmung. Die Bestimmung sei zudem gesetzwidrig, da sie nicht "entsprechend der epidemiologischen Situation" erlassen worden sei. Die Erlassung einer Konsumationspflicht im Sitzen (mit willkürlichen Ausnahmen bei sonstigen Zusammenkünften), die über die bereits getroffenen Regelungen hinausgingen, entbehre einer sachlichen Basis.

17

3.5. Im Hinblick auf § 10 Abs. 3 COVID-19-MV sei die Anfechtung der im Antrag hervorgehobenen Teile notwendig, aber auch ausreichend, um die aufgezeigte Gesetz- und Verfassungswidrigkeit vollständig zu beseitigen. Die unmittelbare Betroffenheit des Antragstellers ergebe sich aus dem Umstand, dass er bisweilen selbst (etwa als Privatperson und Vereinsobmann) als verantwortlicher Veranstalter fungiere, aber auch aus dem Umstand, dass er bei der entgeltlichen Bewirtung von Zusammenkünften bzw. Veranstaltungen mit Speisen und Getränken (§ 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994) jedenfalls auch selbst die Norm des § 10 Abs. 3 COVID-19-MV zu beachten habe (vgl. § 8 COVID-19-MG). Das angefochtene (partielle) Bewirtungsverbot sei einem (partiellen) Verbot der Berufsausübung des Gastgewerbes bei Veranstaltungen gleichzuhalten. Es könne auch nicht behauptet werden, dem Antragsteller wäre es verwehrt, selbst Zusammenkünfte mit "ausschließlich zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen" in seinem Gasthaus zuzulassen. Die geltende Rechtslage erlaube es dem Antragsteller, in Abstimmung mit einem für

18

die Veranstaltung bzw. Zusammenkunft Verantwortlichen vorab eine Teilnehmerliste zu erhalten und sodann Sitzplätze gemäß den sonst geltenden Bestimmungen der COVID-19-MV namentlich zuzuweisen und diese entsprechend zu kennzeichnen. In derartigen Fällen müsse er aber je nach Art der Veranstaltung das Bewirtungsverbot des § 10 Abs. 3 leg. cit. beachten.

3.5.1. Bei dem angefochtenen Bewirtungsverbot handle es sich um einen ungeeigneten und unverhältnismäßigen Eingriff in die Erwerbsfreiheit des Antragstellers, der unsachlich bzw. willkürlich sei. Wenn nämlich Zusammenkünfte einer Vielzahl von Personen "bis zu 1000 Personen in geschlossenen Räumen und mit einer Höchstzahl von 1500 Personen im Freiluftbereich" grundsätzlich problematisch seien, was abstrakt nachvollziehbar sei, stehe es dem Ordnungsgeber frei, die Höchstzahl weiter einzuschränken, Mindestabstände zu vergrößern, die Maximaldauer einer Zusammenkunft festzusetzen bzw. vergleichbar wirksame Maßnahmen zu setzen. Das angefochtene (partielle) Bewirtungsverbot sei aber zur Bekämpfung steigender Infektionszahlen weder geeignet noch verhältnismäßig, sondern schlicht unsachlich und willkürlich. Bei dem Konsumationsverbot werde nicht einmal differenziert, ob die betreffende Veranstaltung im Freiluftbereich oder im Inneren stattfinde. Die Drei-Stunden-Grenze sorge auch für den Anreiz, eine Veranstaltung mindestens drei Stunden stattfinden zu lassen und sodann – erlaubterweise – für eine Bewirtung zu sorgen. Die Regelung sei also geradezu kontraproduktiv, weil sie den Zeitraum von Zusammenkünften unnötigerweise verlängere, ohne eine Höchstdauer einzuziehen.

19

3.5.2. Die Bestimmung sei in verfassungswidriger Weise unbestimmt. Es sei völlig unklar, ab wann das Verabreichen von Speisen und Getränken "typischerweise kennzeichnender Bestandteil der Veranstaltung" sei. Ob zB für eine Vortragsveranstaltung in einem Gasthaus (nach gehöriger Vorabzuweisung und Kennzeichnung der Sitzplätze) angenommen werden könne, dass die Bewirtung im Anschluss an den Vortrag "typischerweise kennzeichnender Bestandteil" der Veranstaltung sei, könne mit guten Gründen unterschiedlich beantwortet werden; ebenso die Frage, ob nach einem Begräbnis ein Gasthaus aufgesucht werden dürfe. Im engeren Sinne könnte allein die Bewirtung einer Zusammenkunft, die

20

zuvor als Essens- oder Trinkveranstaltung ausgeschrieben worden sei, als kennzeichnender Bestandteil zulässig sein. Was derartige Regelungen zur Eindämmung des Infektionsgeschehens beitragen sollten, bleibe rätselhaft.

3.5.3. Die Bestimmung sei zudem gesetzwidrig, da sie nicht "entsprechend der epidemiologischen Situation" erlassen worden sei. Eine sachliche Datenbasis, wonach COVID-19 bei Einhaltung der Abstandsregeln vor allem während des Essens oder Trinkens verbreitet würde, existiere nicht (vgl. Clusteranalyse der AGES). Vor allem würde auch § 15 Abs. 1 und 2 EpiG idF BGBl. I 104/2020, der im Allgemeinen die gesetzliche Grundlage für "Maßnahmen gegen das Zusammenströmen größerer Menschenmengen" bildete, keine Anhaltspunkte dafür enthalten, dass ein partielles Konsumations- und Bewirtungsverbot als mögliche Auflage tatsächlich im Sinne des Gesetzgebers gewesen sei, geschweige denn zur Bekämpfung des Infektionsgeschehens im Sinne des damit verbundenen Eingriffs in die Erwerbsfreiheit geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein könnte. 21

4. Der BMSGPK hat als verordnungserlassende Behörde die Akten betreffend das Zustandekommen der angefochtenen Bestimmungen vorgelegt und eine Äußerung erstattet, in der er die Zurückweisung des Antrages, in eventu dessen Abweisung begehrt. 22

4.1. Zur Zulässigkeit bringt der BMSGPK zusammengefasst vor, der Antragsteller müsse nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darlegen, inwiefern er von sämtlichen angefochtenen Bestimmungen unmittelbar und aktuell betroffen sei. Diese Ausführungen müssten hinreichend konkret sein (vgl. VfGH 21.9.2020, V 382/2020 mwN). Der Antragsteller werde diesen Anforderungen nach § 57 Abs. 1 VfGG nicht ausreichend gerecht. So sei der Antragsteller zwar in seiner Eigenschaft als Betreiber einer Betriebsstätte des Gastgewerbes von § 6 Abs. 1a und 1b COVID-19-MV unmittelbar betroffen. Eine aktuelle und unmittelbare Betroffenheit von den weiters angefochtenen Bestimmungen vermöge er jedoch nicht hinreichend konkret darzulegen: 23

4.1.1. § 6 Abs. 2a COVID-19-MV richte sich nicht primär an die Betreiber von Betriebsstätten des Gastgewerbes, sondern an die Konsumenten von alkoholischen Getränken. Soweit der Antragsteller seine Adressateneigenschaft aus § 8 Abs. 4 COVID-19-MG ableite, sei er darauf hinzuweisen, dass die Verpflichtung, für die 24

Einhaltung der Auflagen Sorge zu tragen, nicht überspannt werden dürfe (vgl. IA 826/A 27. GP, 12). Die Verpflichtung des Betreibers könne nur so weit reichen, als die Beeinflussung des gebotenen Verhaltens in seinem Einflussbereich liege und ihm insoweit zurechenbar sei. Das Konsumationsverbot des § 6 Abs. 2a leg. cit. knüpfe an das Verstreichen der Sperrstunde der Betriebsstätten des Gastgewerbes an. Nach diesem Zeitpunkt könnten vermeintliche "Kontrollpflichten" des Betreibers nur insoweit angenommen werden, als allfällige Zuwiderhandlungen von diesem beeinflusst bzw. wahrgenommen werden könnten. Sofern der Verfassungsgerichtshof dennoch vom Bestehen darüber hinausgehender Kontrollpflichten ausgehe, vermögen die Ausführungen des Antragstellers im Hinblick auf den Eingriff in seine Grundrechte auf Erwerbsfreiheit und Privat- und Familienleben nicht zu überzeugen. Da das Konsumationsverbot erst nach der Sperrstunde gelte, erhelle sich dem BMSGPK nicht, worin der Eingriff in die Erwerbsfreiheit des Antragstellers bestehe. Auch sehe der BMSGPK auf Grund der Stoßrichtung des Verbotes keinen Eingriff in das Grundrecht auf Privat- und Familienleben.

4.1.2. Auch hinsichtlich des Konsumationsverbotes des § 6 Abs. 3a COVID-19-MV lasse der Antragsteller konkrete Ausführungen zu seiner unmittelbaren Betroffenheit vermissen. So behaupte er nicht einmal, dass seine Betriebsstätte konkret davon betroffen sei. Auch die im Antrag genannte Homepage der Betriebsstätte lasse eine [gemeint wohl: keine] unmittelbare Betroffenheit erkennen. Die Fotos würden insbesondere keinen Stehbereich zeigen, sondern nur zahlreiche Tische und Verabreichungsplätze, die den Anforderungen nach § 6 Abs. 3a COVID-19-MV ohnehin gerecht würden.

25

4.1.3. Im Hinblick auf § 10 Abs. 3 COVID-19-MV verabsäume es der Antragsteller, seine Behauptungen zur unmittelbaren Betroffenheit entsprechend den Anforderungen der Rechtsprechung konkret zu untermauern. Die Bestimmung beziehe sich nicht auf alle Veranstaltungen, sondern ausschließlich auf solche mit zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen, wie zB Theatervorstellungen, Konzerte oder Sportveranstaltungen mit fixen Stehplatzkarten. Der Antragsteller lege aber nicht dar, inwiefern er konkret selbst Veranstalter solcher Zusammenkünfte sei oder dies beabsichtige. Entgegen seinen Behauptungen würden namentliche Zuweisungen von Sitzplätzen den Anforderungen an Veranstaltungen mit zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen in Betriebsstätten des Gastgewerbes

26

nicht genügen. Dies erhelle sich auch aus der demonstrativen Liste von Veranstaltungen ohne zugewiesene und gekennzeichnete Sitzplätze in § 10 Abs. 2 COVID-19-MV, zumal es insbesondere auch bei Hochzeitsfeiern in der Regel Platzzuweisungen wie die vom Antragsteller genannten gebe. Der Antragsteller lege auch nicht dar, inwieweit er konkret beabsichtige, Veranstaltungen mit ausschließlich zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen zu bewirten. Die bloße Behauptung allein begründe nur eine potentielle, nicht aber eine aktuelle unmittelbare Betroffenheit von der angefochtenen Norm.

4.2. In der Sache tritt der BMSGPK den Bedenken des Antragstellers zusammengefasst wie folgt entgegen: 27

4.2.1. Zur angefochtenen Bestimmung des § 6 Abs. 1a COVID-19-MV sei zunächst auszuführen, dass der Antragsteller die Rechtslage verkenne, wenn er die an ihn gerichtete Auflage, Besuchergruppen nur in bestimmter Größe einzulassen, als bloße Einlasskontrolle auslege. Die Beschränkung der Gruppengröße in Betriebsstätten der Gastgewerbe sei vom COVID-19-MG zweifelsohne gedeckt. Zum einen handle es sich um eine an den Betreiber adressierte Beschränkung der Personenzahl iSd § 3 Abs. 2 COVID-19-MG. Zum anderen könne darin auch eine organisatorische Schutzmaßnahme iSd § 1 Abs. 5 Z 3 COVID-19-MG und damit eine ausdrücklich an den Betreiber gerichtete Auflage für das Betreten gesehen werden, für deren Einhaltung er gemäß § 8 Abs. 4 leg. cit. Sorge zu tragen habe. In beiden Fällen handle es sich somit an eine an den Betreiber gerichtete Beschränkung im Hinblick auf das Betreten der Betriebsstätte des Gastgewerbes. In gesetzeskonformer Interpretation sei ganz zweifelsfrei zu schließen, dass diese Beschränkung auch für das Verweilen in der Betriebsstätte gelte (vgl. nunmehr ausdrücklich § 1 Abs. 2 COVID-19-MG). Dies ergebe sich auch unter Berücksichtigung des Zwecks der Regelung in teleologischer Interpretation. 28

4.2.2. Bei der angefochtenen Regelung handle es sich um ein geeignetes Mittel zur Reduktion der sozialen Kontakte. Im Vergleich zu einer Personenbeschränkung pro m² in sonstigen Betriebsstätten werde die Gruppenbeschränkung auf sechs Personen bzw. Personen aus dem gemeinsamen Haushalt den Besonderheiten von Betriebsstätten des Gastgewerbes besser gerecht, weil sie eine Beschränkung der Personen bei gleichzeitiger Berücksichtigung der zumeist gruppenweisen Inan- 29

spruchnahme der Dienstleistungen der Gastgewerbe gewährleiste. Diese Beschränkung der Gruppengröße treffe nicht nur das Gastgewerbe, vielmehr sehe die COVID-19-MV für alle ähnlich gelagerten Sachverhalte, bei denen üblicherweise Menschen in Gruppen über längere Zeit zusammenkommen, vergleichbare Regelungen vor. Dies sei bei Veranstaltungen ohne zugewiesene und gekennzeichnete Sitzplätze und in Betriebsstätten des Gastgewerbes gleichermaßen der Fall. Alle sonstigen vom Antragsteller genannten Bereiche seien in tatsächlicher Hinsicht anders gelagert:

In Kundenbereichen sonstiger Betriebsstätten (§ 2 COVID-19-MV) kämen in der Regel keine Gruppen zusammen und seien die epidemiologischen Verhältnisse gänzlich anders gelagert: Die Verweildauer sei in Betriebsstätten des Gastgewerbes deutlich länger und sei der Aufenthalt meist durch geselliges Beisammensein, verbunden mit einem erhöhten Aerosolausstoß, gekennzeichnet. Im Hinblick auf Beherbergungsbetriebe stelle die COVID-19-MV gastronomische Einrichtungen innerhalb dieser solchen außerhalb von Beherbergungsbetrieben gleich. Die Arbeitsverrichtung, die Sportausübung und die Begleitumstände in Bädern zeichneten sich in der Regel nicht durch ein Zusammentreffen in der oben beschriebenen geselligen Atmosphäre aus. Zudem seien die vom Antragsteller ins Treffen geführten Bereiche nicht frei von Regulierung, sondern würden auch für diese – den Unterschieden im Tatsächlichen Rechnung tragende – Schutzmaßnahmen zur Reduktion sozialer Kontakte gelten. So stelle insbesondere die Abstandspflicht (vgl. § 2 Abs. 1 für Kundenbereiche von Betriebsstätten, § 3 Abs. 1 für Orte der beruflichen Tätigkeit, § 5 für Einrichtungen nach dem Bäderhygienegesetz, § 8 Abs. 1 iVm Abs. 1a bei der Ausübung von Individualsportarten, § 10 Abs. 8 COVID-19-MV für Veranstaltungen ohne zugewiesene und gekennzeichnete Sitzplätze) ausreichend sicher, dass keine epidemiologisch bedenkliche Gruppenbildung erfolge. In Gastgewerbebetrieben sei hingegen ein Mindestabstand nur zwischen den Besuchergruppen vorgesehen, was im Vergleich zu den genannten Einrichtungen eine Privilegierung darstelle, die auf Grund der unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten gerechtfertigt sei.

30

4.2.3. Die Differenzierung zu Veranstaltungen mit zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen sei zum einen darin begründet, dass es dort in der Regel nicht zu einer Durchmischung der Gäste komme. Die Sitzplätze würden nur aus-

31

nahmsweise verlassen, wobei für diesen Fall die vorgesehenen strengen Präventionskonzepte hinreichende Schutzmaßnahmen darstellten. Mit der Beschränkung der Teilnehmerzahlen vor allem im Bereich der Veranstaltungen ohne gekennzeichnete und zugewiesene Sitzplätze sei der BMSGPK der bereits im Vorfeld der Verordnung BGBl. II 407/2020 ausgesprochenen, schlüssig begründeten Empfehlung der Corona-Kommission gefolgt. Diese Empfehlung habe sich auf Clusteranalysen und auf die Beobachtung, dass eine Differenzierung auf Grund der hohen Professionalität der Abwicklung von Veranstaltungen mit ausschließlich zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen gerechtfertigt gewesen sei, gegründet. Mit der Gruppenbeschränkung gemäß § 6 Abs. 1a COVID-19-MV trage der Verordnungsgeber der Gleichbehandlung mit den Veranstaltungsregeln Rechnung. Diese Gleichbehandlung sei auf Grund der Vergleichbarkeit mit Veranstaltungen ohne zugewiesene und gekennzeichnete Sitzplätze, die sich durch eine Durchmischung der Veranstaltungsteilnehmer kennzeichneten, geboten gewesen: So könne es keinen Unterschied im Tatsächlichen machen, ob Gäste aus einem bestimmten Anlass oder aber im Rahmen des regulären Gastgewerbebetriebes in einer Betriebsstätte des Gastgewerbes zusammenkommen. Auch könne es im Hinblick auf die erlaubte Personenanzahl keinen Unterschied machen, ob eine Veranstaltung in einer Betriebsstätte des Gastgewerbes stattfinde oder außerhalb. § 6 Abs. 1a stelle in Zusammenschau mit § 10 Abs. 2 COVID-19-MV insofern sicher, dass diese vergleichbaren Sachverhalte rechtlich gleich behandelt würden.

4.2.4. Hinsichtlich der Ausnahmen iSd § 10 Abs. 11 COVID-19-MV führt der BMSGPK aus, er habe im Rahmen einer Durchschnittsbetrachtung davon ausgehen dürfen, dass die in § 10 Abs. 11 leg. cit. genannten Veranstaltungen in der Regel nicht in Gastgewerbebetrieben stattfinden würden. Bei den Z 1, 2, 3 und 8 könne dies nicht zweifelhaft sein. Ebenso wenig sei davon auszugehen, dass Zusammenkünfte zu beruflichen Zwecken, die zur Aufrechterhaltung der beruflichen Tätigkeit erforderlich sind (Z 4), Zusammenkünfte von Organen politischer Parteien (Z 5), von juristischen Personen (Z 6) und Zusammenkünfte gemäß ArbVG (Z 7) in der Regel in Gaststätten abgehalten werden. Auch aus der Systematik dieser Ausnahmen lasse sich schließen, dass der Verordnungsgeber bei diesen Veranstaltungen den beruflichen Kontext und nicht ein geselliges Beisammensein mit Bewirtung vor Augen gehabt habe. Diese Ausnahmen stellten einen Ausgleich zu entgegenstehenden Grundrechten (auf Privat- und Familienleben, Religionsfrei-

32

heit und Versammlungsfreiheit) dar und dienen der Aufrechterhaltung beruflicher und organisatorischer Erfordernisse. Vor diesem Hintergrund stelle sich eine generalisierende Betrachtung der von § 10 Abs. 11 und von § 6 COVID-19-MV erfassten Sachverhalte als zulässig dar. Eine Ungleichbehandlung mit den Betriebsstätten des Gastgewerbes finde im Rahmen der Veranstaltungen gemäß § 10 Abs. 11 COVID-19-MV nur in einzelnen Härtefällen statt, die nicht zur Gleichheitswidrigkeit des § 6 Abs. 1a leg. cit. führten.

4.2.5. Im Hinblick auf die behauptete Verletzung des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit verkenne der BMSGPK nicht die Eingriffsintensität der gesetzten Maßnahmen. Angesichts der sehr angespannten epidemiologischen Lage, der hohen Bedeutung des geschützten Rechtsguts und der zeitlich engen Befristung auf vier Wochen sei jedoch von der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme auszugehen. Dem Vorbringen, wonach die zahlenmäßige Beschränkung der Gästegruppen angesichts der epidemiologischen Situation nicht erforderlich gewesen sei, sei zu entgegnen, dass die Maßnahmen im Bereich der Betriebsstätten des Gastgewerbes schrittweise verschärft worden seien:

33

Zunächst sei mit der Novelle BGBl. II 407/2020 die höchstzulässige Personenzahl in Betriebsstätten des Gastgewerbes auf zehn reduziert worden. Der BMSGPK habe damit der schlüssigen Empfehlung der Corona-Kommission Rechnung getragen, auf Grund eines deutlich ansteigenden Infektionsgeschehens Verschärfungen im Bereich der Veranstaltungen ohne zugewiesene und gekennzeichnete Sitzplätze vorzunehmen. Auf Grund der vergleichbaren Gefährdungslage seien diese Maßnahmen auf Betriebsstätten des Gastgewerbes ausgedehnt worden. In einem weiteren Schritt seien mit BGBl. II 455/2020 die Maßnahmen bei Veranstaltungen ohne zugewiesene und gekennzeichnete Sitzplätze und den Betriebsstätten der Gastgewerbe durch eine weitere Reduktion der zulässigen Personenzahlen verschärft worden. Dies sei auf Grund eines anhaltend ansteigenden Trends im Fallgeschehen notwendig gewesen. Die Clusteranalysen hätten einen steilen Anstieg des Infektionsgeschehens im Freizeitbereich aufgewiesen. Eine vermeintlich niedrige Zahl von Clustern, die den Betriebsstätten des Gastgewerbes zugeordnet werden können, spreche nicht gegen die Notwendigkeit dieser Maßnahmen. Auf Grund des sehr hohen pandemischen Grundgeschehens wäre eine Beschränkung der Maßnahmen ausschließlich auf ausgewiesene und aufgeklärte Ansteckungsherde nicht ausreichend gewesen. Der ansteigende Trend im Fallgeschehen habe

34

vielmehr eine typologische Durchschnittsbetrachtung epidemiologisch bedenklicher Sachverhalte notwendig gemacht. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass etwa Indexfälle, die keiner offensichtlichen Quelle zugeordnet hätten werden können, als Haushaltscluster geführt worden seien, eine Ansteckung anderswo aber nicht mehr ausgeschlossen habe werden können.

4.2.6. Zu den Bedenken gegen § 6 Abs. 1b COVID-19-MV werde im Hinblick auf die Fehlinterpretation des Antragstellers der Bestimmung als bloße Einlasskontrolle auf die obigen Ausführungen verwiesen. Da es sich nicht um eine schlichte Einlasskontrolle handle, sondern um eine Beschränkung betreffend das Betreten und Verweilen in der Betriebsstätte, verlange § 6 Abs. 1b leg. cit. insbesondere im Freien keine strikte Einlass- und Türkontrolle, sondern eine den konkreten Umständen angepasste Sorgfalt im Hinblick darauf, ob Tische von mehr Personen als erlaubt besetzt werden. Die Bestimmung des § 6 Abs. 1b COVID-19-MV sei hinreichend bestimmt: Aus dessen Wortlaut ergebe sich eindeutig, dass es sich um jene Bereiche der Betriebsstätte handle, die im Freien gelegen seien (insbesondere Gastgärten und Verabreichungsplätze vor der Türe). Zur epidemiologischen Rechtfertigung sei zunächst auf die vergleichbare Sachlage bei Veranstaltungen ohne zugewiesene und gekennzeichnete Sitzplätze hinzuweisen. Die epidemiologischen Verhältnisse seien im Freien zwar günstiger. Der Antragsteller verkenne aber, dass die Mindestabstandsregel in Betriebsstätten des Gastgewerbes abweichend von der allgemeinen Abstandsregel des § 1 Abs. 1 COVID-19-MV nicht zwischen haushaltsfremden Personen, sondern zwischen den Besuchergruppen gelte. In Anbetracht dessen und unter Berücksichtigung der besonderen Umstände, die mit einem Besuch eines Gastgewerbebetriebes einhergingen, sei die Beschränkung angesichts der oben beschriebenen epidemiologischen Lage gerechtfertigt. Zur Verhältnismäßigkeit der Maßnahme werde auf die obigen Ausführungen zur Erforderlichkeit im Hinblick auf die epidemiologische Lage verwiesen.

35

4.2.7. Zur behaupteten Unsachlichkeit des § 6 Abs. 2a COVID-19-MV sei zunächst darauf hinzuweisen, dass das Konsumationsverbot im Umkreis von Betriebsstätten der Gastgewerbe als flankierende Maßnahme zur Sperrstunde den epidemiologischen Gefahren nächtlichen Risikoverhaltens Rechnung trage. Telos der Norm sei es, eine Umgehung der Sperrstundenregelung durch Ausweichbewegungen auf die Bereiche vor den Betriebsstätten der Gastgewerbe zu verhindern. Die Be-

36

schränkung des Alkoholkonsums trage dessen epidemiologisch ungünstigen Begleiterscheinungen Rechnung. Diese Maßnahme sei daher eine geeignete und sachliche Begleitmaßnahme, um den Zweck der Sperrstundenregelung bestmöglich zu erreichen. Dass das Konsumationsverbot von Alkohol primär auf Betriebsstätten des Gastgewerbes ziele, liege an den besonderen Begleitumständen des abendlichen Besuchs von Gaststätten und den davon ausgehenden epidemiologischen Gefahren. Einer speziellen Regelung für sonstige Betriebsstätten habe es insofern nicht bedurft, als die Sperrstunde der Gastgewerbebetriebe weit nach jener für Betriebsstätten des Handels liege und daher eine Verlagerung des gesellschaftlichen Nachtlebens zu Letzteren nicht zu befürchten gewesen sei. Angesichts der Beschränkung des Konsumationsverbotes auf die Zeit nach der Sperrstunde würden dem Betreiber zudem keine speziellen Pflichten auferlegt. Die Verhaltensnorm sei primär an die Konsumenten und nicht an den Betreiber gerichtet. Die Sorgfaltspflicht des Betreibers dürfe im Hinblick auf die Anforderungen aus § 8 Abs. 4 COVID-19-MG nicht überspannt werden. Eine solche Verpflichtung könnte nur für ein Verhalten im Einflussbereich des Betreibers angenommen werden, etwa, wenn er noch kurz vor der Sperrstunde Alkohol ausschenken und eine Konsumation im Umkreis von 50 Metern vor der Betriebsstätte dulden würde. Eine aktive Kontrollpflicht ohne Hinweise auf entsprechende Verstöße würden dem Betreiber daraus jedoch nicht erwachsen.

4.2.8. Einen Eingriff in die Erwerbsfreiheit habe der Antragsteller nicht hinreichend dargelegt. Da die Betriebsstätte nach der Sperrstunde ohnehin nicht mehr zum Erwerb von Alkohol betreten werden dürfe, würden ihm aus dem Konsumationsverbot auch keine Umsatzeinbußen erwachsen. Auch sei das Vorliegen eines Eingriffs in das Grundrecht auf Privat- und Familienleben zu bezweifeln. Berücksichtige man den Zweck der Norm, den Alkoholkonsum vor und nicht in der Betriebsstätte zu verhindern, so erscheine zunächst eine entsprechende teleologische Reduktion des Wortlauts in dem Sinn denkbar, dass der Betreiber, der nach der Sperrstunde in der Betriebsstätte Alkohol konsumieren wolle, davon nicht erfasst sei. Selbst wenn man dies verneine, sei aber der Eingriff in das Privatleben des Antragstellers gerechtfertigt. Die Norm diene der Verhinderung epidemiologisch risikogeneigten Verhaltens und verfolge ein legitimes Eingriffsziel. Der Eingriff sei insbesondere angesichts der epidemiologischen Verhältnisse und der evidenten Risikogeneignetheit des verbotenen Verhaltens gerechtfertigt. Gehe man

37

davon aus, dass sich das Alkoholverbot auch an den Betreiber in seiner Betriebsstätte richtet, wäre dies auch gleichheitsrechtlich unbedenklich. Der Gleichheitssatz verwehre es dem Ordnungsgeber nämlich nicht, eine generalisierende Regelung anhand einer Durchschnittsbetrachtung zu treffen. Individuelle Härtefälle seien dabei in Kauf zu nehmen.

4.2.9. Zur angefochtenen Regelung des § 6 Abs. 3a COVID-19-MV bringt der BMSGPK vor, in Betriebsstätten der Gastgewerbe, in denen im Stehen konsumiert werde, sei die Mobilität der Gäste in der Regel höher als im Sitzen. Die Regelung trage somit den besonders ungünstigen Verhältnissen in Stehlokalen Rechnung, unter die v.a. Betriebsstätten der Nachtgastronomie (Diskotheken), aber auch jene im Rahmen des Après-Ski fielen. Selbst wenn die Annahme eines dynamischen Geschehens auf vereinzelte Betriebsstätten der Gastgewerbe nicht zutreffe, spreche dies auf Grund der zulässigen Durchschnittsbetrachtung nicht gegen die Sachlichkeit der Differenzierung. Die Ausnahmen von diesem Verbot beruhten auf dem Gedanken, dass Imbiss- und Gastronomiestände von Märkten im Gegensatz zu sonstigen Gaststätten durch eine regelmäßig kurze Verweildauer der Gäste gekennzeichnet seien. Es sei daher sachlich gerechtfertigt, bei diesen auf das Erfordernis der Konsumation im Sitzen zu verzichten. Das Erfordernis der Konsumation an Verabreichungsplätzen und damit einhergehender Abstandspflichten trügen dem Risiko der Verbreitung von COVID-19 Rechnung. In Zusammenschau mit den Ausnahmen stelle § 6 Abs. 3a COVID-19-MV eine ausgewogene Regelung dar, die auf die Besonderheiten der verschiedenen Typen von Betriebsstätten der Gastgewerbe Bedacht nehme und gleichzeitig eine sachgerechte Schutzmaßnahme für die vom Ordnungsgeber in epidemiologischer Hinsicht als besonders problematisch angesehenen Betriebsstätten treffe. Hinsichtlich des behaupteten Eingriffs in die Erwerbsausübungsfreiheit lege der Antragsteller nicht hinreichend dar, inwieweit seine Betriebsstätte von dieser Maßnahme konkret betroffen sei. Insbesondere bleibe er Angaben darüber schuldig, zu welchen Teilen seine Betriebsstätte eine Konsumation im Stehen vorsehe bzw. den Anforderungen nach dieser Verordnung gerecht werden müsse. In Bezug auf die behauptete Gesetzeswidrigkeit mangels epidemiologischer Erforderlichkeit werde auf die obigen Ausführungen verwiesen.

38

4.2.10. Zur angefochtenen Maßnahme in § 10 Abs. 3 COVID-19-MV sei darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem darin normierten Bewirtungsverbot um eine von

39

mehreren Maßnahmen zur Verhinderung von Infektionen im Rahmen von Veranstaltungen handle. In Anbetracht der epidemiologischen Bewertung im Zeitpunkt der Erlassung der Verordnung BGBl. II 455/2020 habe auch das Zusammenströmen von Menschenmengen zu Veranstaltungen mit zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen reduziert werden müssen. Das Verabreichungsverbot von Speisen und Getränken sei eine flankierende Maßnahme gewesen, die dazu gedient habe, den Gefahren beim Zusammenströmen der Veranstaltungsteilnehmer, insbesondere punktuell zu den Pausen, zu begegnen. Unter Berücksichtigung der Teleologie mache es keinen Unterschied, ob eine solche Veranstaltung im Freien oder in geschlossenen Räumen stattfinde, zumal es um eine Verhinderung des Zusammenströmens bei den entsprechenden Gastronomiebereichen gegangen sei. In Abwägung aller Interessenslagen sei dabei – unter Zugrundelegung der durchschnittlichen Veranstaltungsdauer – ein Verabreichungsverbot für Veranstaltungen bis zu drei Stunden festgelegt worden. Damit sollten durchschnittliche Veranstaltungen (Konzerte, Theaterstücke, Sportveranstaltungen etc.) ohne Überlänge erfasst sein. Für länger dauernde Veranstaltungen wie etwa Opernvorführungen sei ein Verabreichungsverbot, das an vielen Orten auf ein Konsumationsverbot hinauslaufe, als unangemessen erachtet worden. Unter Berücksichtigung des Zwecks der Regelung könne es dabei nur auf die objektive Dauer der Veranstaltung ankommen, die sich in der Regel auf Grund der zeitlichen Eingrenzung des eigentlichen Programmes ermitteln lasse. Dass sich eine Bestimmung zur Umgehung eigne, könne kein Kriterium der Sachlichkeit einer Regelung sein. Der Ordnungsgeber dürfe vielmehr auf ein regelkonformes Verhalten abstellen und müsse bei der Ausgestaltung einer Regelung nicht von vornherein von einer missbräuchlichen Inanspruchnahme einer Ausnahmebestimmung ausgehen.

4.2.11. Die Ausnahme von Veranstaltungen, die typischerweise durch das Verabreichen von Speisen und Getränken an den gekennzeichneten und zugewiesenen Sitzplätzen gekennzeichnet seien, sollte v.a. ausnahmsweise in Betriebsstätten des Gastgewerbes stattfindende Veranstaltungen mit zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen erfassen, die mit dem Verzehr von Speisen und Getränken am Tisch verbunden seien (zB "Dinner and Crime", Galadinner). Mit der Wortfolge "typischerweise gekennzeichnet" sei sichergestellt, dass es auf eine objektive Durchschnittsbetrachtung ankomme, um Umgehungen durch "Umwidmung" der Veranstaltung zu vermeiden. Bei den von der Ausnahme erfassten Veranstaltungen handle es sich um Gastronomieveranstaltungen an sich und um sonstige

40

Veranstaltungen, die dem Gastronomiebetrieb ähnlich gelagert seien. Auf Grund der vergleichbaren Sachlage seien diese den Gastronomieregeln unterworfen worden. Dies lasse sich unter Berücksichtigung der Teleologie und in historischer Interpretation hinreichend ermitteln, sodass von der Bestimmtheit der Norm iSd Art. 18 B-VG und Art. 7 EMRK auszugehen sei. Der BMSGPK vermöge den Einwand der fehlenden gesetzlichen Deckung nicht zu teilen, zumal § 15 Abs. 2 EpiG eine bloß demonstrative Liste an möglichen Auflagen enthalte.

IV. Erwägungen

1. Zur Zulässigkeit des Antrages

1.1. Gemäß Art. 139 Abs. 1 Z 3 B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Gesetzwidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, wenn die Verordnung ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. 41

1.1.1. Voraussetzung der Antragslegitimation gemäß Art. 139 Abs. 1 Z 3 B-VG ist einerseits, dass der Antragsteller behauptet, unmittelbar durch die angefochtene Verordnung – im Hinblick auf deren Gesetzwidrigkeit – in seinen Rechten verletzt worden zu sein, dann aber auch, dass die Verordnung für den Antragsteller tatsächlich, und zwar ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides wirksam geworden ist. Grundlegende Voraussetzung der Antragslegitimation ist also, dass die Verordnung in die Rechtssphäre des Antragstellers nachteilig eingreift und diese – im Falle ihrer Gesetzwidrigkeit – verletzt. 42

1.1.2. Es ist darüber hinaus erforderlich, dass die Verordnung selbst tatsächlich in die Rechtssphäre des Antragstellers unmittelbar eingreift. Ein derartiger Eingriff ist nur dann anzunehmen, wenn dieser nach Art und Ausmaß durch die Verordnung selbst eindeutig bestimmt ist, wenn er die (rechtlich geschützten) Interessen des Antragstellers nicht bloß potentiell, sondern aktuell beeinträchtigt und wenn dem Antragsteller kein anderer zumutbarer Weg zur Abwehr des – behaupteterweise – rechtswidrigen Eingriffes zur Verfügung steht (VfSlg. 13.944/1994, 15.234/1998, 15.947/2000). 43

1.1.3. Nach § 57 Abs. 1 letzter Satz VfGG muss der Individualantrag, eine Verordnung als gesetzwidrig aufzuheben, darlegen, inwieweit die angefochtenen Verordnungsregelungen unmittelbar und aktuell in die Rechtssphäre des Antragstellers eingreifen. Bei der Prüfung der aktuellen Betroffenheit hat der Verfassungsgerichtshof vom Antragsvorbringen auszugehen und lediglich zu untersuchen, ob die vom Antragsteller ins Treffen geführten Wirkungen solche sind, wie sie Art. 139 Abs. 1 Z 3 B-VG als Voraussetzung für die Antragslegitimation fordert (vgl. zB VfSlg. 10.353/1985, 14.227/1995, 15.306/1998, 16.890/2003, 18.357/2008, 19.919/2014, 19.971/2015). Das Erfordernis solcher Darlegungen durch den Antragsteller besteht auch dann, wenn bestimmte Annahmen im Hinblick auf die maßgebliche Situation naheliegen mögen (vgl. VfSlg. 14.309/1995, 14.817/1997, 19.613/2011; VfGH 23.9.2020, V 377/2020; 1.10.2020, V 463/2020), sodass rein abstrakte Behauptungen, in den Anwendungsbereich einer Norm zu fallen, dem Inhaltserfordernis des § 57 Abs. 1 letzter Satz VfGG nicht genügen. Anträge, die dem Erfordernis des § 57 Abs. 1 VfGG nicht entsprechen, sind nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl. VfSlg. 14.320/1995, 14.526/1996, 15.977/2000, 18.235/2007) nicht im Sinne von § 18 VfGG verbesserungsfähig, sondern als unzulässig zurückzuweisen (vgl. etwa VfSlg. 12.797/1991, 13.717/1994, 17.111/2004, 18.187/2007, 19.505/2011, 19.721/2012; VfGH 23.9.2020, V 377/2020; 1.10.2020, V 403/2020; 1.10.2020, V 463/2020; 23.2.2021, V 533/2020).

44

1.2. Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Gesetzmäßigkeit hin zu prüfenden Verordnungsbestimmung sind, wie der Verfassungsgerichtshof sowohl für von Amts wegen als auch für auf Antrag eingeleitete Normenprüfungsverfahren schon wiederholt dargelegt hat (VfSlg. 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003), notwendig so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Verordnungsteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Verordnungsstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden.

45

Dieser Grundposition folgend hat der Gerichtshof die Rechtsauffassung entwickelt, dass im Normenprüfungsverfahren der Anfechtungsumfang der in Prüfung gezogenen Norm bei sonstiger Unzulässigkeit des Prüfungsantrages nicht zu eng gewählt werden darf (vgl. zB VfSlg. 8155/1977, 12.235/1989, 13.915/1994, 14.131/1995, 14.498/1996, 14.890/1997, 16.212/2001). Der Antragsteller hat all

46

jene Normen anzufechten, welche für die Beurteilung der allfälligen Verfassungswidrigkeit der Rechtslage eine untrennbare Einheit bilden. Es ist dann Sache des Verfassungsgerichtshofes, darüber zu befinden, auf welche Weise eine solche Verfassungswidrigkeit – sollte der Verfassungsgerichtshof die Auffassung des Antragstellers teilen – beseitigt werden kann (VfSlg. 16.756/2002, 19.496/2011, 19.972/2015).

1.3. Der Antrag erweist sich, soweit er sich gegen § 6 Abs. 2a COVID-19-MV, BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 455/2020 sowie die angefochtene Wortfolge in § 10 Abs. 3 COVID-19-MV, BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 455/2020 richtet, als unzulässig: 47

1.3.1. Gemäß § 6 Abs. 2 COVID-19-MV darf der Betreiber das Betreten der Betriebsstätte für Kunden nur im Zeitraum zwischen 05:00 und 01:00 Uhr des folgenden Tages (ausgenommen restriktiverer [Auf-]Sperrstunden nach anderen Rechtsvorschriften) zulassen. Anknüpfend daran legt der angefochtene § 6 Abs. 2a COVID-19-MV fest, dass nach der Sperrstunde im Umkreis von 50 Metern um Betriebsstätten der Gastgewerbe keine alkoholischen Getränke konsumiert werden dürfen. § 6 Abs. 2a COVID-19-MV richtet sich also an die Konsumenten alkoholischer Getränke und ordnet demnach keine weiteren Verpflichtungen für Betreiber von Betriebsstätten des Gastgewerbes an. Damit wird auch nicht deren Verhalten innerhalb des eigenen Betriebes geregelt. Da der Antragsteller daher in seiner Funktion als Geschäftsführer und verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher einer Betriebsstätte des Gastgewerbes nicht Normadressat des angefochtenen § 6 Abs. 2a COVID-19-MV ist und auch nicht ersichtlich ist, dass diese Regelung in die Rechtssphäre des Antragstellers eingreift, ist der Antrag insoweit mangels Legitimation als unzulässig zurückzuweisen. 48

1.3.2. Der Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Wortfolge in § 10 Abs. 3 COVID-19-MV ist unzulässig, weil es der Antragsteller verabsäumt hat, hinreichend darzulegen, inwiefern er von diesen Bestimmungen unmittelbar und aktuell in seiner Rechtssphäre betroffen ist. Im Rahmen der Darlegung seiner unmittelbaren und aktuellen Betroffenheit bringt der Antragsteller allgemein vor, die angefochtenen Bestimmungen seien angesichts der gesetzlichen, ihn persönlich betreffenden Strafdrohungen (§ 8 COVID-19-MG iVm § 9 VStG) für ihn bereits tatsächlich 49

und ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder Erlassung eines Bescheides wirksam geworden. In Bezug auf § 10 Abs. 3 COVID-19-MV begründet der Antragsteller seine unmittelbare Betroffenheit damit, dass er "bisweilen selbst (etwa als Privatperson und Vereinsobmann) als verantwortlicher Veranstalter fungiert" und er "bei der entgeltlichen Bewirtung von Zusammenkünften bzw. Veranstaltungen mit Speisen und Getränken (§ 111 Abs. 1 Z 2 GewO) jedenfalls auch selbst die Norm des § 10 Abs. 3 COVID-19-MV bei sonstiger Strafbarkeit zu beachten hat". Mit diesem Vorbringen vermag der Antragsteller nicht darzutun, inwiefern er im Antragszeitpunkt konkret beabsichtigt hat, eine bzw. mehrere Veranstaltungen mit ausschließlich zugewiesenen und gekennzeichneten Sitzplätzen iSd § 10 Abs. 1 iVm Abs. 3 COVID-19-MV in seinem Gastgewerbebetrieb durchzuführen.

1.3.3. Der Antrag ist daher im Hinblick auf § 6 Abs. 2a sowie die angefochtene Wortfolge in § 10 Abs. 3 COVID-19-MV als unzulässig zurückzuweisen. 50

1.4. Im Übrigen, also hinsichtlich § 6 Abs. 1a, 1b und 3a COVID-19-MV, BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 455/2020 ist der Antrag hingegen zulässig: 51

1.4.1. Der jedenfalls auf § 3 Abs. 1 COVID-19-MG gestützte § 6 COVID-19-MV regelt, unter welchen Voraussetzungen und Auflagen das Betreten von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe zulässig ist (vgl. § 6 Abs. 1), und enthält damit im Wesentlichen Verhaltensanweisungen an die Betreiber, Mitarbeiter und Kunden solcher Betriebsstätten. Gemäß § 8 Abs. 4 COVID-19-MG idF BGBl. I 104/2020 begeht der Inhaber einer Betriebsstätte, der nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte nicht entgegen den in einer Verordnung gemäß § 3 leg. cit. festgelegten Personenzahlen, Zeiten, Voraussetzungen oder Auflagen betreten wird, eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu € 3.600,- zu bestrafen. 52

1.4.2. Gemäß § 6 Abs. 1a und 1b COVID-19-MV idF BGBl. II 455/2020 durfte der Betreiber einer Betriebsstätte des Gastgewerbes Besuchergruppen nur einlassen, wenn diese aus sechs Personen (in geschlossenen Räumen der Betriebsstätte) bzw. maximal zwölf Personen (im Freien) oder ausschließlich aus Personen bestehen, die im gemeinsamen Haushalt leben. § 6 Abs. 3a der Verordnung ordnete an, dass Speisen und Getränke nur im Sitzen an Verabreichungsplätzen konsumiert 53

werden dürfen. Der Antragsteller hat mit seinem Vorbringen, er sei Inhaber, Geschäftsführer und gemäß § 9 VStG Verantwortlicher eines Gasthauses samt Gastgarten, hinreichend dargelegt, dass er durch die in § 6 Abs. 1a, 1b und 3a COVID-19-MV normierten Beschränkungen betreffend das zulässige Betreten von Betriebsstätten des Gastgewerbes unmittelbar in seiner Rechtssphäre betroffen ist.

1.4.3. § 6 Abs. 1a, 1b und 3a COVID-19-MV standen im Zeitpunkt der Antragstellung (1. November 2020) in der angefochtenen Fassung BGBl. II 455/2020 in Kraft. Der Umstand, dass die COVID-19-MV mit 3. November 2020 außer Kraft getreten ist (siehe § 19 Abs. 1 und 2 COVID-19-SchuMaV, BGBl. II 463/2020, und § 19 Abs. 3 COVID-19-NotMV, BGBl. II 479/2020), schadet in der vorliegenden Konstellation mit Blick auf die mit VfSlg. 20.399/2020 beginnende Rechtsprechung nicht (vgl. auch VfSlg. 20.397/2020; VfGH 1.10.2020, V 392/2020; 10.3.2021, V 573/2020; 24.6.2021, V 593/2020). 54

1.4.4. Im Hinblick auf die – an die Inhaber von Betriebsstätten gerichtete – Verwaltungsstrafdrohung in § 8 Abs. 4 COVID-19-MG (idF BGBl. I 104/2020) steht dem Antragsteller auch kein anderer zumutbarer Weg offen, die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bestimmungen an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen. 55

1.5. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweist sich der Antrag somit hinsichtlich der Anfechtung von § 6 Abs. 1a, 1b und 3a COVID-19-MV, BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 455/2020 als zulässig. 56

2. In der Sache

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit einer Verordnung gemäß Art. 139 B-VG auf die Erörterung der geltend gemachten Bedenken zu beschränken (vgl. VfSlg. 11.580/1987, 14.044/1995, 16.674/2002). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen gesetzwidrig ist (VfSlg. 15.644/1999, 17.222/2004). 57

- 2.2. Der Antrag ist – soweit zulässig – begründet. 58
- 2.3. Der Antragsteller macht als Bedenken unter anderem geltend, § 6 Abs. 1a, 1b und 3a COVID-19-MV verstoße gegen den Gleichheitssatz und bewirke einen ungeeigneten und unverhältnismäßigen Eingriff in sein Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung. § 6 Abs. 1b COVID-19-MV sei auch wegen seiner Unbestimmtheit bedenklich. Zudem seien die angefochtenen Verordnungsbestimmungen gesetzwidrig, weil sie nicht entsprechend der epidemiologischen Situation iSd § 3 Abs. 2 bzw. § 4 Abs. 2 COVID-19-MG erlassen worden seien. 59
- 2.4. Die COVID-19-MV idF BGBl. II 455/2020 stütze sich (unter anderem) auf § 3 Abs. 1 COVID-19-MG (idF BGBl. I 104/2020). § 3 Abs. 1 Z 1 iVm § 7 Abs. 1 COVID-19-MG ermächtigt den BMSGPK beim Auftreten von COVID-19 dazu, durch Verordnung das Betreten und das Befahren von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen zu regeln, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. Gemäß § 3 Abs. 2 erster Satz COVID-19-MG kann in einer Verordnung gemäß Abs. 1 entsprechend der epidemiologischen Situation (unter anderem) festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten und befahren werden dürfen. 60
- 2.4.1. Der Ordnungsgeber muss daher in Ansehung der von ihm zu bewertenden epidemiologischen Situation notwendig prognosehaft beurteilen, inwieweit in Aussicht genommene Betretungsbeschränkungen für Betriebsstätten iSd § 3 COVID-19-MG zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geeignete, erforderliche und insgesamt angemessene Maßnahmen darstellen (vgl. VfGH 24.6.2021, V 592/2020; 24.6.2021, V 593/2020). 61
- 2.4.2. Hinsichtlich der vom Ordnungsgeber zu berücksichtigenden epidemiologischen Situation legt das COVID-19-MG in § 1 Abs. 7 Kriterien fest, anhand derer die Bewertung der epidemiologischen Situation "insbesondere" zu erfolgen hat. Zur Beratung des für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesministers bei der Bewertung der epidemiologischen Situation wurde zudem gemäß § 2 Abs. 1 COVID-19-MG beim Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz ein Beirat (Corona-Kommission) eingerichtet, welcher nach 62

§ 10 COVID-19-MG vor Erlassung von Verordnungen nach diesem Gesetz – außer bei Gefahr in Verzug – vom Bundesminister gehört werden muss.

2.4.3. § 3 COVID-19-MG (idF BGBl. I 104/2020) ermächtigt den Ordnungsgeber insbesondere auf Grund des ihm übertragenen Einschätzungs- und Prognosespielraumes zu weitreichenden Grundrechtseingriffen (vgl. VfGH 23.9.2021, V 572/2020, mit Verweis auf VfGH 24.6.2021, V 592/2020; 24.6.2021, V 593/2020). 63

2.4.4. Aus der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu Art. 18 Abs. 2 B-VG folgt, dass bei einer solchen Verordnungsermächtigung, die weitreichende Grundrechtseingriffe ermöglicht, im Verordnungserlassungsverfahren nachvollziehbar zu machen ist, auf welcher Informationsbasis über die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände die Ordnungsentscheidung fußt und die gesetzlich vorgegebene Abwägungsentscheidung erfolgt ist (vgl. VfGH 10.3.2021, V 573/2020 mit Verweis auf VfSlg. 20.398/2020, 20.399/2020 mwN; siehe auch VfGH 24.6.2021, V 592/2020; 24.6.2021, V 593/2020; 23.9.2021, V 572/2020). 64

2.5. Als Grundlagen für die Erlassung des angefochtenen § 6 Abs. 1a, 1b und 3a COVID-19-MV idF BGBl. II 455/2020 finden sich in dem vom BMSGPK vorgelegten Ordnungsakt – soweit für die Beurteilung des Verfassungsgerichtshofes relevant – folgende Unterlagen und Angaben: 65

Unter der Rubrik "Sachverhalt", datiert mit 16. Oktober 2020, wird ausgeführt, dass auf Grund steigender Fallzahlen eine weitere Verschärfung der Maßnahmen erforderlich sei. Darauf folgen nähere Ausführungen zu einzelnen Bestimmungen der Verordnung. Dem Ordnungsakt liegen weiters mehrere Entwürfe und die kundgemachte Verordnung, mehrere E-Mails von diversen Stellen innerhalb des Ressorts, zwei Kurzeinschätzungen des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst zu zwei Ordnungsentwürfen sowie eine Studie des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz mit dem Titel "COVID-19 in Alten- und Pflegeheimen" aus Juli 2020 ein. 66

2.6. Damit genügt der angefochtene § 6 Abs. 1a, 1b und 3a COVID-19-MV, BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 455/2020 den gesetzlichen Vorgaben des COVID-19-MG nicht: 67

Im Verordnungsakt zu BGBl. II 455/2020 ist entgegen § 10 COVID-19-MG nicht dokumentiert, dass vor Erlassung der Verordnung, und somit vor Anordnung der angefochtenen Maßnahmen gemäß § 6 Abs. 1a, 1b und 3a COVID-19-MV, die Corona-Kommission gehört wurde oder dass diese auf Grund von Gefahr im Verzug nicht gehört werden konnte. Die Verordnung wurde daher nicht in einem dem § 10 COVID-19-MG entsprechenden Verfahren erlassen. Im Übrigen ist aus dem vorgelegten Verordnungsakt nicht ersichtlich, auf welcher Informationsbasis über die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände, insbesondere auf Grundlage welcher zum Zeitpunkt der Erlassung der Verordnung BGBl. II 455/2020 vorgelegenen epidemiologischen Situation, die angefochtene Verwaltungsentscheidung fußt.

2.7. Der BMSGPK hat damit im Verordnungsakt nicht dargelegt, dass er die angefochtenen Maßnahmen im Einklang mit den im COVID-19-MG normierten Verfahrensregelungen erlassen sowie die im Gesetz vorgegebenen Kriterien für die Bewertung der epidemiologischen Situation (vgl. § 1 Abs. 7 COVID-19-MG) angewendet hat.

2.8. § 6 Abs. 1a, 1b und 3a COVID-19-MV, BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 455/2020 verstößt somit gegen § 3 und § 10 COVID-19-MG. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine weitere Prüfung, ob die angefochtenen Bestimmungen auch aus anderen geltend gemachten Gründen gesetz- oder verfassungswidrig sind.

2.9. Da die COVID-19-MV am 3. November 2020 außer Kraft getreten ist, genügt es festzustellen, dass die Bestimmungen gesetzwidrig waren.

V. Ergebnis

1. Da die COVID-19-MV bereits außer Kraft getreten ist, hat sich der Verfassungsgerichtshof gemäß Art. 139 Abs. 4 B-VG auf die Feststellung zu beschränken, dass § 6 Abs. 1a, 1b und 3a COVID-19-MV, BGBl. II 197/2020, idF BGBl. II 455/2020 gesetzwidrig war.

2. Der Ausspruch, dass die unter Punkt 1. genannten Bestimmungen nicht mehr anzuwenden sind, stützt sich auf Art. 139 Abs. 6 zweiter Satz B-VG.

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. 74
4. Im Übrigen ist der Antrag als unzulässig zurückzuweisen. 75
5. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 76
6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 61a VfGG. Da der Antragsteller nur mit einem Teil seines Antrages erfolgreich war, ist ihm der einfache Pauschalsatz in halber Höhe zuzusprechen (vgl. VfGH 14.7.2020, G 202/2020 ua.; 1.10.2020, G 272/2020 ua. mwN). In den zugesprochenen Kosten ist Umsatzsteuer in Höhe von € 218,- sowie der Ersatz der Eingabengebühr in Höhe von € 240,- enthalten. 77

Wien, am 15. Dezember 2021

Der Präsident:

DDr. GRABENWARTER

Schriftführer:

Dr. FRÖSSEL, MA