

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

V 74/2021 ua.*

6. Oktober 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

Dr. Marina KASPAR, LL.M.

als Schriftführerin,

über die Anträge 1. des ***** , ***** , ***** , 2. des ***** , ***** , ***** , 3. der ***** , ***** , ***** , und 4. des ***** , ***** , ***** , alle vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Norbert Huber, Meinhardstraße 5a, 6020 Innsbruck, § 1 der Verordnung des Landeshauptmanns vom 12. Februar 2021 über zusätzliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 in Schigebieten in Tirol, LGBl. 24/2021, idF LGBl. 25/2021 als verfassungs- und gesetzwidrig aufzuheben, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 139 B-VG zu Recht erkannt:

- I.
 1. § 1 der Verordnung des Landeshauptmanns von Tirol vom 12. Februar 2021 über zusätzliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 in Schigebieten in Tirol, LGBl. für Tirol Nr. 24/2021, idF LGBl. für Tirol Nr. 25/2021 war gesetzwidrig.
 2. Die als gesetzwidrig festgestellte Bestimmung ist nicht mehr anzuwenden.
 3. Der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt II verpflichtet.
- II. Der Bund (Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz) ist schuldig, den antragstellenden Parteien zuhanden ihres Rechtsvertreters die mit insgesamt € 4.099,20 bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe

I. Anträge

Gestützt auf Art. 139 B-VG begehren die antragstellenden Parteien, der Verfassungsgerichtshof möge § 1 der Verordnung des Landeshauptmanns vom 12. Februar 2021 über zusätzliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 in Schigebieten in Tirol, LGBl. 24/2021, idF LGBl. 25/2021 als verfassungs- und gesetzwidrig aufheben.

1

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 23/2021 lauteten wie folgt: 2

"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. [...]

Zuständigkeiten

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

(2) Verordnungen nach diesem Bundesgesetz können vom Landeshauptmann erlassen werden, wenn keine Verordnung gemäß Abs. 1 erlassen wurde oder zusätzliche Maßnahmen zu einer Verordnung gemäß Abs. 1 festgelegt werden. Verordnungen gemäß § 5 bedürfen der Zustimmung des für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesministers.

(3) Verordnungen nach diesem Bundesgesetz können von der Bezirksverwaltungsbehörde erlassen werden, wenn keine Verordnungen gemäß Abs. 1 oder 2 erlassen wurden oder zusätzliche Maßnahmen zu Verordnungen nach Abs. 1 oder 2 festgelegt werden. Verordnungen gemäß § 5 bedürfen der Zustimmung des Landeshauptmanns.

(4) In einer Verordnung gemäß Abs. 1 bis 3 kann entsprechend der jeweiligen epidemiologischen Situation regional differenziert werden.

(5) Durch Verordnung gemäß Abs. 1 können Verordnungen gemäß Abs. 2 und 3 oder Teile davon aufgehoben werden. Durch Verordnung gemäß Abs. 2 können Verordnungen gemäß Abs. 3 oder Teile davon aufgehoben werden.

(6) Verordnungen gemäß Abs. 2 und 3 sind vor deren Inkrafttreten dem für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesminister mitzuteilen."

2. Die maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen gegen die Verbreitung von COVID-19 getroffen werden (4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung – 4. COVID-19-SchuMaV), BGBl. II 58/2021, lauteten auszugsweise wie folgt:

3

"Massenbeförderungsmittel

§ 3. In Massenbeförderungsmitteln und den dazugehörigen U-Bahn-Stationen, Bahnsteigen, Haltestellen, Bahnhöfen und Flughäfen zuzüglich deren Verbindungsbauwerken ist gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens zwei Metern einzuhalten und eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen. Ist auf Grund der Anzahl der Fahrgäste sowie beim Ein- und Aussteigen die Einhaltung des Abstands von mindestens zwei Metern nicht möglich, kann davon ausnahmsweise abgewichen werden.

Fahrgemeinschaften, Gelegenheitsverkehr, Seil- und Zahnradbahnen

§ 4. [...]

(3) Für die Benützung von Seil- und Zahnradbahnen gilt:

1. § 3 gilt sinngemäß, wobei in geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln (Gondeln, Kabinen, abdeckbaren Sesseln) und in geschlossenen Zugangsbereichen von Seil- und Zahnradbahnen eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen ist.

2. In geschlossenen oder abdeckbaren Fahrbetriebsmitteln (Gondeln, Kabinen, abdeckbaren Sesseln) dürfen höchstens so viele Personen gleichzeitig befördert werden, dass die Hälfte der Beförderungskapazität des Fahrbetriebsmittels nicht überschritten wird. Dies gilt nicht, wenn ausschließlich Personen aus demselben Haushalt befördert werden.

(4) Der Betreiber von Seil- und Zahnradbahnen hat 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. Risikoanalyse,
 4. Regelungen betreffend die Nutzung sanitärer Einrichtungen,
 5. Regelungen betreffend die Konsumation von Speisen und Getränken,
 6. Regelungen zur Steuerung der Kundenströme und Regulierung der Anzahl der Kunden,
 7. Entzerrungsmaßnahmen, wie Absperrungen und Bodenmarkierungen,
 8. Vorgaben zur Schulung der Mitarbeiter in Bezug auf Hygienemaßnahmen.
- Der Betreiber hat die Einhaltung dieser Bestimmungen durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen.

[...]

Gastgewerbe

§ 7. (1) Das Betreten und Befahren von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes ist untersagt.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Gastgewerbebetriebe, die innerhalb folgender Einrichtungen betrieben werden:

1. Krankenanstalten und Kuranstalten,
2. Alten- und Pflegeheime sowie stationäre Wohneinrichtungen der Behindertenhilfe
3. Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung von Kindern und Jugendlichen einschließlich Schulen und Kindergärten,
4. Betriebe,

wenn diese ausschließlich durch die dort betreuten, untergebrachten oder nicht zum bloßen Besuch aufhaltigen Personen oder durch Betriebsangehörige genutzt werden.

(3) Abs. 1 gilt nicht für Beherbergungsbetriebe, wenn in der Betriebsstätte Speisen und Getränke ausschließlich an Beherbergungsgäste verabreicht bzw. ausgedient werden. Die Verabreichung und Konsumation hat tunlichst in der Wohneinheit zu erfolgen.

(4) Abs. 1 gilt nicht für öffentliche Verkehrsmittel, wenn dort Speisen und Getränke ausschließlich an Benutzer des öffentlichen Verkehrsmittels verabreicht bzw. ausgedient werden.

(5) Hinsichtlich der Ausnahmen gemäß Abs. 2 bis 4 und hinsichtlich Abs. 7 gilt:

1. Gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ist ein Abstand von mindestens zwei Metern einzuhalten und – ausgenommen während des Verweilens am Verabreichungsplatz – eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen.
2. Der Betreiber hat sicherzustellen, dass die Konsumation von Speisen und Getränken nicht in unmittelbarer Nähe der Ausgabestelle erfolgt.
3. Speisen und Getränke dürfen in der Betriebsstätte nur im Sitzen an Verabreichungsplätzen konsumiert werden. Der Betreiber hat die Verabreichungsplätze

so einzurichten, dass zwischen den Personengruppen ein Abstand von mindestens zwei Metern besteht. Dies gilt nicht, wenn durch geeignete Schutzmaßnahmen zur räumlichen Trennung das Infektionsrisiko minimiert werden kann.

4. Für den Betreiber und seine Mitarbeiter gilt bei unmittelbarem Kundenkontakt § 6 Abs. 4.

5. Selbstbedienung ist zulässig, sofern durch besondere hygienische Vorkehrungen das Infektionsrisiko minimiert werden kann.

(6) Hinsichtlich der Ausnahmen gemäß Abs. 2 bis 4 darf der Betreiber das Betreten und das Befahren der Betriebsstätte nur im Zeitraum zwischen 06.00 und 19.00 Uhr zulassen. In Betrieben ist das Betreten durch Betriebsangehörige im Schichtbetrieb durchgehend zulässig. Restriktivere Sperrstunden und Aufsperrstunden aufgrund anderer Rechtsvorschriften bleiben unberührt.

(7) Abweichend von Abs. 1 ist die Abholung von Speisen und alkoholfreien sowie in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten alkoholischen Getränken zwischen 06.00 und 19.00 Uhr zulässig. Die Speisen und Getränke dürfen nicht im Umkreis von 50 Metern um die Betriebsstätte konsumiert werden. Bei der Abholung ist gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens zwei Metern einzuhalten sowie eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen.

(8) Abs. 1 gilt nicht für Lieferservices. § 6 Abs. 4 gilt."

3. Die Verordnung des Landeshauptmanns von Tirol vom 12. Februar 2021 über zusätzliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 in Schigebieten in Tirol (im Folgenden: Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete), LGBl. 24/2021, idF LGBl. 25/2021 (der angefochtene § 1 ist hervorgehoben) lautete wie folgt:

4

"Auf Grund des § 3 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit § 7 Abs. 2 des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. I Nr. 12/2020, zuletzt geändert durch das Gesetz BGBl. I Nr. 23/2021, wird verordnet:

§ 1

Die Abholung von Speisen und Getränken ist bei solchen Betriebsstätten des Gastgewerbes in Schigebieten unzulässig, die durch Gäste nicht mit Kraftfahrzeugen über Straßen erreicht werden können, deren Benutzung durch die Allgemeinheit vom Willen des Grundeigentümers oder Straßenerhalters unabhängig ist.

§ 2

(1) Schipisten dürfen von Personen, die zum Zweck der Ausübung des Schi- und Snowboardsports unmittelbar zuvor eine Seilbahn nach § 5 Seilbahngesetz 2003 benutzt haben, nur betreten werden, wenn diese über einen Nachweis über ein

negatives Ergebnis eines Antigen-Tests auf SARS-CoV-2 oder eines molekularbiologischen Tests auf SARS-CoV-2 verfügen, deren Abnahme nicht mehr als 48 Stunden zurückliegen darf. Dieser Nachweis ist für eine Überprüfung durch die Gesundheitsbehörde für die Dauer des Aufenthalts bereitzuhalten.

(2) Einem Nachweis über ein negatives Testergebnis auf SARS-CoV-2 sind eine ärztliche Bestätigung über eine in den letzten sechs Monaten vor der vorgesehenen Testung erfolgte und zu diesem Zeitpunkt aktuell abgelaufene Infektion oder ein Nachweis über neutralisierende Antikörper für einen Zeitraum von sechs Monaten gleichzuhalten.

(3) Die Verpflichtung nach Abs. 1 gilt nicht für Kinder bis zum vollendeten zehnten Lebensjahr.

(4) Als Betreten im Sinn des Abs. 1 gilt auch das Verweilen.

§ 3

Diese Verordnung tritt mit 15. Februar 2021 in Kraft. Gleichzeitig tritt die Verordnung des Landeshauptmanns über zusätzliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 in Schigebieten in Tirol, LGBl. Nr. 142/2020, in der Fassung der Verordnung LGBl. Nr. 4/2021 außer Kraft."

III. Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Die antragstellenden Parteien betreiben Schi- bzw. Almhütten in Schigebieten in Tirol. 5

1.1. Zu ihrer Antragslegitimation bringen sie zusammengefasst das Folgende vor: 6

1.1.1. Die durch die antragstellenden Parteien betriebenen Gastgewerbebetriebe würden insbesondere im Winter über keine allgemein zugänglichen öffentlichen Zufahrtsmöglichkeiten verfügen. Sowohl im Sommer als auch im Winter würden Wanderer regelmäßig die Betriebe besuchen, die dafür keine Aufstiegshilfen benötigen. Auch Schitourengeher bzw. zum Teil auch Rodler würden in den Wintermonaten diese Almhütten besuchen, wofür diese ebenso keine Aufstiegshilfen benötigen oder benötigen. 7

1.1.2. Den antragstellenden Parteien sei es zunächst gemäß § 1 der bereits gesondert angefochtenen Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete, 8

LGBL. 142/2020, untersagt gewesen, Speisen und Getränke zur Abholung anzubieten. Dadurch sei ihnen die Möglichkeit genommen worden, den zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes notwendigen Umsatz zu erzielen.

1.1.3. Mit der vorliegend angefochtenen Verordnung sei die Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete, LGBL. 142/2020, idF LGBL. 4/2021 außer Kraft gesetzt worden. Gleichzeitig ordne der inhaltlich gleichlautende § 1 Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete, LGBL. 24/2021, idF LGBL. 25/2021 an, die Abholung von Speisen und Getränken sei bei solchen Betriebsstätten des Gastgewerbes in Schigebieten untersagt, die durch Gäste nicht mit Kraftfahrzeugen über Straßen erreicht werden können, deren Benutzung durch die Allgemeinheit vom Willen des Grundeigentümers oder Straßenerhalters unabhängig ist. Das Take Away-Verbot bei Gastgewerbetrieben in Schigebieten, die nicht über eine allgemein zugängliche öffentliche Straße erreichbar seien, werde somit über den 15. Februar 2021 hinaus unbefristet verlängert. Zusätzlich werde in § 2 Abs. 1 der angefochtenen Verordnung festgelegt, dass Schipisten von Personen, die zum Zweck der Ausübung des Schi- und Snowboardsports unmittelbar zuvor eine Seilbahn benutzt haben, nur betreten werden dürfen, wenn diese über einen aktuellen Nachweis eines negativen Testergebnisses auf SARS-CoV-2 verfügen.

9

1.1.4. Dieses in § 1 der angefochtenen Verordnung normierte Verbot der Abholung von Speisen und Getränken habe die antragstellenden Parteien aktuell und unmittelbar betroffen. Dies insbesondere, weil ihnen untersagt worden sei, dass Kunden die Betriebsstätten zum Erwerb von Speisen und alkoholfreien Getränken (Take Away) zwischen 06.00 und 19.00 Uhr unter Wahrung der sonstigen Vorgaben aufsuchen können.

10

1.1.5. Die Anträge seien zulässig, weil die Verordnung tatsächlich in die Rechtsphäre der antragstellenden Parteien unmittelbar eingreife, nach Art und Ausmaß durch die Verordnung selbst eindeutig bestimmt sei und die rechtlich geschützten Interessen der antragstellenden Parteien aktuell beeinträchtigt seien sowie kein anderer zumutbarer Weg zur Abwehr des zumindest behaupteterweise rechtswidrigen Eingriffes zur Verfügung stehe.

11

- 1.2. In der Sache sehen sich die antragstellenden Parteien durch die angefochtene Bestimmung in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG, Art. 20 und Art. 21 GRC) auf Freiheit der Erwerbsbetätigung (Art. 6 StGG, Art. 15 GRC) bzw. der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRC) sowie auf Unversehrtheit des Eigentums (Art. 5 StGG, Art. 1 ZPEMRK, Art. 17 GRC) verletzt. Überdies verstoße die Verordnung in Überdehnung der Ermächtigungsgrundlage sowohl gegen § 3 Abs. 1 iVm § 7 Abs. 2 COVID-19-MG als auch gegen das Legalitätsprinzip des Art. 18 Abs. 2 B-VG. 12
- 1.3. Zur gesetzlichen Grundlage führen die antragstellenden Parteien Folgendes aus: 13
- 1.3.1. § 3 Abs. 1 iVm § 7 Abs. 2 COVID-19-MG ermächtige den Landeshauptmann insbesondere 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." Hierbei hätten sich aus Sicht des Sozialministeriums solche Maßnahmen als wirksam herausgestellt, die eine Reduzierung der Mobilität und damit der sozialen Kontakte zum Ziel hätten. Im vorliegenden Kontext würde aber nicht die Möglichkeit der Abholung von Speisen und Getränken bei Schihütten die Mobilität von Personen steigern, sondern vielmehr die mit 24. Dezember 2020 erfolgte Öffnung der Seil- und Zahnradbahnen. Diese Öffnung der Seil- und Zahnradbahnen sei auch durch den bundesweiten Ordnungsgeber über den 15. Februar 2021 hinaus unverändert zugelassen worden und als epidemiologisch unbedenklich erachtet worden. Auch die grundsätzlich bestehenden Vorgaben zum Take Away seien mit der der 4. COVID-19-SchuMaV unverändert beibehalten worden und als weniger einschneidend als Betriebsschließungen beurteilt worden. Dies sei auch vor dem Hintergrund der sich in Tirol positiv nach unten entwickelnden "7-Tages-Inzidenz" zu betrachten. Überdies sei auch seit dem 15. Februar 2021 das Betreten der Schipisten zur Sportausübung nur mit einem aktuellen negativen COVID-19-Test zulässig. 14
- 1.3.2. Der Landeshauptmann als ordnungserlassende Behörde wäre daher im Lichte der Verordnungsermächtigung des § 3 Abs. 1 iVm § 7 Abs. 2 COVID-19-MG dazu verpflichtet gewesen darzulegen, warum ein Take Away-Verbot – nun über den 15. Februar 2021 unbefristet hinaus – nur in solchen Betriebsstätten in Tiroler 15

Schigebieten erforderlich sein solle, die durch Gäste nicht mit Kfz über allgemein zugängliche öffentliche Straßen erreicht werden können. Dies auch insbesondere in Anbetracht des Umstandes, dass seit dem 15. Februar 2021 Schipisten zur Sportausübung nur mit einem aktuellen negativen COVID-19-Test betreten werden dürften. Vor dem Hintergrund des Art. 18 Abs. 2 B-VG habe die verordnungserlassende Behörde nachvollziehbar darzulegen, auf welcher Informationsbasis über die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände die Verordnungsentscheidung fuße und wie die gesetzlich geforderte Abwägungsentscheidung erfolgt sei. Diesbezüglich folge auch aus der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes vom 1. Oktober 2020 zu V 405/2020 und V 429/2020, dass die aktenmäßige Dokumentation im Verfahren der Verordnungserlassung kein Selbstzweck sei; ihr komme die Funktion der Sicherung der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu.

1.3.3. Vorliegend habe es aber der Landeshauptmann von Tirol unterlassen, nachvollziehbar darzustellen, warum er die Erlassung des in Prüfung stehenden Take Away-Verbotese für erforderlich gehalten habe. Auch der Umstand, dass der bundesweite Ordnungsgeber ein Take Away-Verbot zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 nicht als erforderlich erachtet habe, zeige, dass ein solches Verbot auf Landesebene vollkommen willkürlich und sachfremd sei. Dies werde auch durch die bundesweite epidemiologische Entwicklung bestätigt, nach der Tirol zum 15. Februar 2021 die niedrigste "7-Tages-Inzidenz" gehabt habe. 16

1.3.4. Mangels ausreichender Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen verstoße daher § 1 Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete gegen § 3 Abs. 1 iVm § 7 Abs. 2 COVID-19-MG. 17

1.4. Ihre Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitssatz begründen die antragstellenden Parteien im Wesentlichen damit, die angefochtene Bestimmung treffe eine sachlich nicht begründbare, willkürliche und unverhältnismäßige Differenzierung. 18

1.4.1. Es mache tatsächlich epidemiologisch bzw. virologisch keinen relevanten Unterschied, ein Take Away-Verbot bei Gastronomiebetrieben zum einen von der Lage in einem Schigebiet und zum anderen von deren Erreichbarkeit mit Kfz über eine allgemein zugängliche und öffentliche Straße abhängig zu machen. Die verordnungserlassende Behörde unterstelle ohne sachliche Begründung bei Gastge- 19

werbebetrieben in Schigebieten ein höheres Infektionsrisiko als bei sonstigen Betrieben. Diese Annahme stimme aber mit den tatsächlichen Gegebenheiten nicht überein und rechtfertige damit die vorgenommene Differenzierung nicht. Die durch die verordnungserlassende Behörde vorgenommene Ungleichbehandlung sei daher willkürlich und diene nicht dem Ziel der Verhinderung der Verbreitung von COVID-19.

1.4.2. Darüber hinaus sei davon auszugehen, dass sich bei Take Away-Ständen bei Gastgewerbebetrieben in Schigebieten nunmehr so gut wie ausschließlich aktuell auf COVID-19 negativ getestete Personen einfinden würden. Somit wäre auch die höchste Sicherheitsstufe gewährleistet. Bei anderen Gastgewerbebetrieben wäre bei der Abholung von Speisen und Getränken eine derart hohe Sicherheitsstufe nicht gegeben und auch weder vom Bundes- noch vom Landesverordnungsgeber gefordert. 20

1.4.3. Des Weiteren sei nach dem aktuellen Wissensstand zu COVID-19 im Freien und noch dazu bei höheren Lagen und durchwegs kühlen Temperaturen ein niedrigeres Infektionsrisiko anzunehmen als etwa im Tal. Es bestehe keine sachliche Rechtfertigung, warum Gaststätten, die zwar nicht in Schigebieten aber ebenso am Berg gelegen seien (etwa durchaus touristisch besuchte Rodel- und Wanderhütten), ihre Speisen und Getränke zum Take Away anbieten dürften; jene Gaststätten, die aber im Schigebiet gelegen und nicht über eine Straße erreichbar seien, dies aber gerade nicht dürften. 21

1.4.4. Eine unsachliche Ungleichbehandlung ergäbe sich auch im Hinblick auf in Schigebieten gelegenen Betriebsstätten der Seil- und Zahnradbahnen einerseits und solchen des Gastgewerbes andererseits. So bestehe vor dem Hintergrund des Ziels der Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 kein sachlicher Grund, warum die Benutzung von (auch räumlich geschlossenen) Seil- und Zahnradbahnen zulässig sein solle, die Abholung von Speisen und Getränken aber nicht. Eine Abholung von Speisen und Getränken würde doch meist weniger Zeit in Anspruch nehmen als eine Seilbahnfahrt und sei eine Konsumation zwingend nur im Freien unter Einhaltung der vorgesehenen Beschränkungen (vgl. § 7 Abs. 7 2. COVID-19-NotMV) zulässig. Der angefochtenen Verordnung fehle demnach jede Verhältnismäßigkeit. Die verordnungserlassende Behörde habe daher ihren bei der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie eingeräumten Gestaltungsspielraum überschritten. 22

- 1.5. Die antragstellenden Parteien sehen sich des Weiteren in ihrem Grundrecht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung verletzt: Die angefochtene Bestimmung normiere unzulässige Ausübungsbeschränkungen, weil es den antragstellenden Parteien untersagt sei, Speisen und Getränke weiterhin im Wege des Take Away anzubieten. Es könne zum einen nicht im öffentlichen Interesse gelegen sein, Gleiches ungleich zu behandeln und zum anderen sei die Lage eines Betriebes in einem Schigebiet weder ein geeignetes Mittel noch erforderlich. So sei es im vorliegenden Kontext ausreichend, dass ein Betreten der Schipisten zur Sportausübung nur mit einem aktuellen negativen COVID-19-Testergebnis möglich sei. Auch für Akte der Vollziehung würde die traditionelle Grundrechtsformel gelten. Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung werde demnach verletzt, wenn die Behörde – wie dies vorliegend der Fall sei – gesetzlos handle. 23
- 1.6. Das Grundrecht auf Unversehrtheit des Eigentums sehen die antragstellenden Parteien aus den folgenden Gründen als verletzt an: Durch das seit dem 15. Februar 2021 unbefristet angeordnete Take Away-Verbot hätten die antragstellenden Parteien keine Möglichkeiten in ihren Betrieben Umsätze zu erzielen; diese seien aber für ihre materielle Existenz wesentlich. Die Verluste würden auch nicht durch staatliche COVID-19-Hilfsmaßnahmen bzw. Rettungspakete abgedeckt werden. Daher werde das Eigentum der antragstellenden Parteien nicht nur beschränkt, sondern diesen rechtswidrig entzogen. Auch hier habe die Vollziehung gesetzlos gehandelt bzw. habe sie sich nur zum Schein auf eine gesetzliche Grundlage gestützt. 24
2. Der Landeshauptmann von Tirol hat als verordnungserlassende Behörde die Akten betreffend das Zustandekommen der angefochtenen Verordnung vorgelegt und eine Äußerung erstattet. Der Landeshauptmann geht davon aus, dass die Zulässigkeit der Anträge gegeben sei. Den Bedenken der antragstellenden Parteien wird in der Sache wie folgt entgegengetreten: 25
- 2.1. Zur gesetzlichen Grundlage führt die verordnungserlassende Behörde Folgendes aus: 26
- 2.1.1. Die Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete stütze sich auf §§ 3 Abs. 1 Z 1 iVm 7 Abs. 2 COVID-19-MG, BGBl. I 12/2020, idF BGBl. I 23/2021. Nach 27

§ 3 Abs. 1 Z 1 COVID-19-MG könne beim Auftreten von COVID-19 durch Verordnung das Betreten und Befahren von u.a. bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. Nach Abs. 2 leg. cit. sei eine solche Untersagung möglich, sofern gelindere Maßnahmen nicht ausreichen.

2.1.2. Entgegen der Rechtsansicht der antragstellenden Parteien sei die angefochtene Bestimmung auf Grund der maßgeblichen epidemiologischen Situation erforderlich gewesen. 28

2.1.3. Anlass der vorliegend in Prüfung stehenden Reglementierung von Betriebsstätten des Gastgewerbes in Schigebieten sei die Novellierung der 3. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II 566/2020, gewesen, wonach die Beförderung mit Seilbahnen ab dem 24. Dezember 2020 nicht mehr nur für Spitzensportler, sondern für die Allgemeinheit ermöglicht worden sei. 29

2.1.4. Diese Lockerungsschritte in Schigebieten seien aber bei einem relativ hohen Niveau des Infektionsgeschehens gesetzt worden. So werde auch in den Erwägungsgründen zur 2. COVID-19-NotMV u.a. Folgendes ausgeführt: 30

"Es ist durch die vorangegangenen Maßnahmen zwar gelungen, die Infektionszahlen zu senken, dies allerdings nicht in einem zufriedenstellenden Ausmaß. Bei einem hohen Niveau des pandemischen Grundgeschehens ist zu befürchten, dass die Neuinfektionen mit Zeitverzögerung nach den Lockerungen durch die COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnungen wieder ansteigen werden. Dazu kommt, dass es zu den Weihnachtsfeiertagen auf Grund von zusätzlichen sozialen Kontakten wieder zu vermehrten Neuinfektionen kommen kann. Überdies hat sich gezeigt, dass es – trotz rückläufiger Infektionszahlen – im Zusammenhang mit der weiterhin hohen Auslastung der Intensivstationen zu keinen substanziellen Erleichterungen gekommen ist. Daher sind die medizinischen Versorgungskapazitäten nach wie vor sehr unter Druck.

Es bedarf daher wieder einer noch drastischeren Reduktion der sozialen Kontakte als bisher. Da die bisher gesetzten gelinderen Maßnahmen nicht ausgereicht haben, sind die mit dieser Verordnung getroffenen Verschärfungen unbedingt erforderlich, um einen drohenden Zusammenbruch des Gesundheitssystems zu verhindern."

2.1.5. Gleichzeitig hätten die 3. COVID-19-SchuMaV bzw. ab dem 26. Dezember 2020 die 2. COVID-19-NotMV die für die Gastronomie geltenden Bestimmungen unverändert beibehalten, wonach gemäß deren § 7 Abs. 7 die Abholung von Speisen und alkoholfreien bzw. in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten alkoholischen Getränken zwischen 06.00 und 19.00 Uhr zulässig gewesen sei. Die Konsumation im Umkreis von 50 Metern um die Betriebsstätte sei jedoch verboten gewesen und sei gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten sowie ein Mund- und Nasenschutz zu tragen. Überdies sei die allgemeine Benützung von Seil- und Zahnradbahnen zwar möglich gewesen, jedoch die Halbierung der Kapazität und das Tragen einer FFP2-Maske verordnet worden. 31

2.1.6. Wie die antragstellenden Parteien zutreffend ausgeführt hätten, sei zu sämtlichen "Lockdown-Phasen" (und damit auch im Zeitpunkt der Öffnung der Schigebiete) die Abholung von Speisen und Getränken zulässig gewesen. Gerade aber durch diese Öffnungsschritte sei es absehbar gewesen, dass mit einer hohen Anzahl an Wintersportlern zu rechnen sei. Für die damit im Zusammenhang stehenden und auch zu erwartenden Menschenansammlungen bei Gastronomiebetrieben hätte man jedoch im Sinne des öffentlichen Gesundheitsschutzes vorbeugende Maßnahmen treffen müssen. Es sei davon auszugehen gewesen, dass im alpinen Gelände im Bereich der Ausgabestelle von Gaststätten die Einhaltung des Mindestabstandes auf Grund eines in der Regel beschränkten Platzangebotes nicht gewährleistet werden könne und somit eine erhebliche Ansteckungsgefahr entstehe. Daher sei es notwendig gewesen, weitere Maßnahmen im Hinblick auf einen sicheren Schibetrieb zu treffen. 32

2.2. Des Weiteren seien die Behauptungen der antragstellenden Parteien, dass zum einem die Voraussetzungen nach § 3 Abs. 1 Z 1 COVID-19-MG nicht vorgelegen seien bzw. auch keine ausreichende Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen für die Verordnungserlassung stattgefunden habe, verfehlt: 33

2.2.1. Die verordnungserlassende Behörde habe auf die bevorstehende Öffnung der Schigebiete unverzüglich reagieren müssen. Auf Grundlage des vorliegenden Informationsstandes und nach Ermittlung der relevanten Umstände sowie nach Abwägung der betroffenen rechtlich geschützten Interessen sei sie zu dem Ergeb- 34

nis gelangt, ein Take Away-Verbot sei zur Erreichung des Ziels, Menschenansammlungen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 zu vermeiden, unbedingt erforderlich und auch das gelindeste Mittel.

2.2.2. Die von den antragstellenden Parteien vorgebrachte "höhere Sicherheitslage" auf Grund des § 2 der vorliegend angefochtenen Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete könne die Notwendigkeit der Maßnahmen nicht in Abrede stellen. Entgegen der Behauptungen richte sich das Take Away-Verbot nicht nur an getestete Personen, sondern eben auch an Schitourengeher, Wanderer, Rodler sowie andere Personen, welche nicht unter Verwendung von Aufstiegshilfen zur Ausübung des Schi- und Snowboardsportes Schipisten betreten würden. Überdies gäbe es aber auch Personen, die zwar Aufstiegshilfen benützen, aber in weiterer Folge keinen Schisport betreiben. Dadurch könne es potentiell zu Menschenansammlungen (auch gerade von nicht getesteten Personen) rund um Schihütten kommen; wodurch die Einhaltung des vorgeschriebenen Mindestabstandes nicht mehr möglich wäre. 35

2.2.3. Eine Anordnung der Verpflichtung zum Tragen von FFP2-Masken käme nicht in Betracht, weil das Tragen solcher bei der Konsumation von Speisen und Getränken naturgemäß nicht möglich sei. Im Interesse der Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 und der Gewährleistung eines sicheren Schibetriebes sei daher ein Take Away-Verbot das gelindeste noch zur Zweckerreichung taugliche Mittel. 36

2.2.4. Von der Befristung des Verbotes sei deshalb Abstand genommen worden, weil die Maßnahme aller Voraussicht nach für die Dauer des Betriebes von Schipisten erforderlich sein werde und deren Notwendigkeit auch laufend evaluiert werde. 37

2.2.5. Die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen im Verordnungserlassungsverfahren seien auch entsprechend aktenmäßig dokumentiert worden. Die maßgeblichen Überlegungen seien sowohl in den Erläuterungen zur Stammfassung der angefochtenen Verordnung LGBl. 24/2021 als auch zu deren novellierten Fassung LGBl. 25/2021 festgehalten worden. Auf Grund der Dringlichkeit der Angelegenheit habe naturgemäß kein Begutachtungsverfahren erfolgen können, sodass die maßgeblichen Überlegungen zwar dem Verwaltungsakt zu entnehmen, aber für die Öffentlichkeit nicht unmittelbar erkennbar seien. 38

2.2.6. Hinsichtlich der Erforderlichkeit eines Take Away-Verbotesei aber auf die Erläuterungen der Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete (idF LGBl. 24/2021) zu verweisen, die auszugsweise wie folgt lauteten:

"Im Hinblick auf das hohe epidemiologische Grundgeschehen müssen Schritte — wie auch bisher — sehr behutsam gesetzt werden und deren Auswirkungen streng beobachtet werden. Zudem ist wegen der verstärkt aufkommenden Virusvarianten eine zusätzliche, verschärfte Beobachtung der Maßnahmen und ggf das Setzen strengerer Maßnahmen unabdingbar

Eine Berücksichtigung der möglichen Verbreitung der Virus-Varianten stellt aufgrund der aktuell unzureichenden Evidenzlage, besonders hinsichtlich der Ausbreitung, eine gewisse Unwägbarkeit dar. Es werden weitere nationale und internationale Untersuchungsergebnisse für die nächsten Wochen erwartet, um die Bedeutung der neuen Variante besser einschätzen zu können. Die mittlerweile bestätigte höhere Transmissibilität kann die Reproduktionszahl signifikant erhöhen und somit das Infektionsgeschehen maßgeblich beschleunigen. Bisher liegen vor allem Zahlen zur britischen Virusmutation (B.1.1.7) vor, die aber ähnlich wie die südafrikanische Mutation (8.1.351) eine höhere Transmissibilität aufweist, wodurch das Infektionsgeschehen dramatisch erhöht wird. So stieg die 14-Tage-Inzidenz in Irland nach der erfolgreichen Eindämmung einer zweiten Welle von 297 am 31. Dezember 2020, auf 819 am 6. Januar 2021 und 1497 am 13. Januar 2021. Es wird davon ausgegangen, dass [...] der Hauptgrund bei der Virusmutation 8.1.1.7 liegt. ...

Die Gefahr einer höheren Transmissibilität liegt darin, dass im Laufe der Zeit eine Vielzahl an Erkrankten zu verzeichnen ist, die aufgrund eines exponentiellen Anstiegs von Infektionen weitaus mehr Todesopfer fordern könnte, als es ein zwar nicht ansteckenderes, aber tödlicheres Virus verursachen würde; ...

Zur Verdeutlichung der spezifischen epidemiologischen Situation in Tirol, die speziell durch die südafrikanische Mutation (B.1.351) verursacht wird, wird auf die COVID-19-Virusvariantenverordnung — COVID-19-VvV, BGBl. I Nr. 62/2021, hingewiesen, die das Bundesland Tirol (mit Ausnahme des pol. Bezirks Lienz) als Epidemiegebiet ausweist und Maßnahmen daran knüpft (vgl. Land Tirol, Report Mutationen, Stand 09.02.2021, 22:00 Uhr).

Der Fokus der Regelungen liegt allgemein weiterhin auf jenen Maßnahmen, die sich im Verlauf der Pandemie bereits als wirksam herausgestellt haben. Ein über das Maß der derzeit bestehenden Bundesregelungen (4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr 58/2021) hinausgehender Lockdown für das Bundesland Tirol wäre aber aus derzeitiger Sicht keine adäquate Lösung, da die 7-Tages-Inzidenz für Tirol schon seit längerer Zeit merklich unter dem entsprechenden Wert für das gesamte Bundesgebiet liegt (<https://covid19-dashboard.ages.at/>), teilweise auch auf Bezirksebene;"

"Es entspricht nicht der Lebenserfahrung, dass Personen sich bei Betriebsstätten des Gastgewerbes in Schigebieten ohne Zufahrtsmöglichkeit Speisen und Getränke mitnehmen, um diese nicht in unmittelbarer Nähe zu dieser zu konsumieren, zumal es Gästen solcher Betriebsstätten insbesondere auch um das gemeinsame und gesellige Beisammensein und das Genießen des Bergpanoramas im Freien geht. Darüber hinaus wird eine Pause bei derartigen Betriebsstätten während des Sports erfahrungsgemäß für eine kürzere oder auch längere Erholung genutzt, sodass bedingt durch die potentiell hohe Personenanzahl in Schigebieten mit einer Situation zu rechnen ist, die ein Einhalten des Mindestabstands praktisch unmöglich machen würde. Daher vermag auch die in Bezug auf die Gastronomie im Allgemeinen gültige Regelung, nach der die Speisen und Getränke nicht im Umkreis von 50 Metern um die Betriebsstätte konsumiert werden dürfen, nicht zu vermeiden, dass es im Nahbereich dieser Betriebsstätten zu größeren Menschenansammlungen kommen würde; dies auch vor dem Hintergrund des dort oft beengten Platzangebots.

Aus diesem Grund ist diese Regelung unabhängig von der Testverpflichtung nach § 2 aufrecht zu erhalten. Zwar stellt ein negativer Antigentest ein wirksames Mittel zur Hintanhaltung der Weiterverbreitung von Infektionen dar, bleibt aber dennoch eine Momentaufnahme. Um nicht in besonders vulnerablen Momenten, nämlich dann, wenn bei der Konsumation von Speisen und Getränken keinerlei Maske getragen wird, eine Eintrittspforte für weitere Infektionen zu bieten, ist das Verbot nach § 1 auch weiterhin gerechtfertigt; nicht zuletzt deshalb, weil in diesen Situationen das Contact Tracing ebenso erschwert ist

Bei Betriebsstätten des Gastgewerbes bei Talstationen ist demgegenüber regelmäßig eine entsprechend große befestigte Fläche als Parkplatz angeschlossen. Folglich können sich dort Personen auch leicht verteilen, um die Einhaltung des Mindestabstandes sicherzustellen. Zudem können die Gäste auch ihren PKW aufsuchen, um die Speisen zu konsumieren oder sie können am Ende des Schitages Essen und Getränke beispielsweise für die Fahrt nach Hause mitnehmen. Für diese Ausgabestellen besteht daher weniger die Gefahr, dass ein Einhalten des Mindestabstands praktisch nicht möglich ist, sodass für diese ein Verbot nicht als sachlich gerechtfertigt gesehen wird. Auch ist die Situation bei Gastronomiebetrieben in Fußgängerzonen im Vergleich zu der Situation bei Betriebsstätten des Gastgewerbes in Schigebieten ohne Zufahrtsmöglichkeit grundlegend anders gelagert, da es — auch abseits der derzeit vorherrschenden pandemischen Situation — sehr wohl der Lebenserfahrung entspricht, dass bei dort ansässigen gastronomischen Betrieben regelmäßig Speisen und Getränke zum Verzehr abgeholt werden, um diese nicht in unmittelbarer örtlicher Nähe zu Gaststätte (beispielsweise zu Hause) zu konsumieren.

Dies alles rechtfertigt (und gebietet auch) eine entsprechend differenzierte Regelung."

- 2.2.7. In den Erläuterungen zur Verordnung LGBl. 25/2021 werde zudem ausgeführt, das Verbot der Abholung von Speisen und Getränken bei Betriebsstätten des Gastgewerbes in Schigebieten sei insbesondere erforderlich, um eine potentiell gefährliche Durchmischung von getesteten und ungetesteten Personen während des Essens und Trinkens ohne Maske zu verhindern. 40
- 2.2.8. Im Zuge der Evaluierung des gegenständlichen Verbotes (das ja bereits nach der Verordnung LGBl. 142/2020 bestanden habe) seien auch vor allem die Einschätzungen der Corona-Kommission berücksichtigt worden. Dazu sei grundlegend auszuführen, dass alle Tiroler Bezirke seit 5. November 2020 durchgehend die Ampelfarbe "Rot" aufweisen würden. Dies entspreche nach Angaben der Corona-Kommission einem "sehr hohen Risiko" und bedeute somit die höchste Stufe der Risikobewertung. 41
- 2.2.9. Die antragstellenden Parteien würden unter Anführung unzutreffender Zahlen versuchen, das in Prüfung gezogene Take Away-Verbot als nicht erforderlich dazustellen. Vielmehr hätte sich aber im Zeitpunkt der Erlassung der vorliegend angefochtenen Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete die epidemiologische Gefahrensituation durch das Auftreten von Virusmutationen verschärft. Auch die Entwicklung der Fallzahlen seit Inkrafttreten der Verordnung zeige in einer Beurteilung ex post, dass eine Reduzierung der bestehenden Maßnahmen zum relevanten Zeitpunkt nicht sinnvoll gewesen wäre. 42
- 2.3. Der behaupteten Verletzung des Gleichheitssatzes entgegnet die verordnungserlassende Behörde wie folgt: 43
- 2.3.1. Zunächst seien Testungen auf SARS-CoV-2 eine bloße Momentaufnahme und würden daher nur eine geringere epidemiologische Gefahr bescheinigen. Das Bestehen eines solchen Testnachweises würde aber nicht die Unterschreitung des Mindestabstandes rechtfertigen, welcher auf Grund des begrenzten Platzes im alpinen Raum (insbesondere in der Mittagszeit) zu befürchten wäre. Die Testnachweispflicht, das Mindestabstandsgebot und das Take Away-Verbot seien daher ergänzende Maßnahmen, um einen möglichst sicheren Wintersport zu gewährleisten. Wie etwa auch die Lockerung der Beschränkungen von Veranstaltungen aktuell noch nicht verhältnismäßig wäre, so wäre auch die Gestattung des 44

Take Away in Schigebieten angesichts der Gefahr größerer Menschenansammlungen aus epidemiologischer Sicht unvertretbar.

2.3.2. Die verordnungserlassende Behörde habe das Abholverbot auf das unbedingt erforderliche Ausmaß beschränkt. Dies bedinge die notwendige Unterscheidung zwischen Betriebsstätten des Gastgewerbes mit und ohne allgemeinen Zugang mittels Kfz über eine Straße einerseits und eine Differenzierung zwischen Betriebsstätten des Gastgewerbes in und außerhalb eines Schigebietes andererseits.

45

2.3.3. Die Erreichbarkeit über solche Straßen, deren Benutzung durch die Allgemeinheit vom Willen des Grundeigentümers oder Straßenerhalters unabhängig ist, sei ein notwendiges Kriterium, weil hiedurch sichergestellt werden könne, dass die erworbenen Getränke und Speisen nach Abholung zügig abtransportiert werden können. Ein Schigebiet würde jedoch aller Erfahrung nach nicht genügend Raum bieten, um den zu erwartenden Kunden, die untereinander entsprechend Abstand halten und sich mindestens 50 Meter von der Ausgabestelle entfernen müssten, Platz zu bieten. Demgegenüber könnten in Fußgängerzonen in Innenstädten, die Kunden diese Betriebe mit den abgeholten Waren zügig verlassen (etwa um die Speisen im Büro oder zu Hause zu konsumieren). Überdies sei auch die Versorgungssicherheit als wesentlicher Aspekt für die Reglementierung von Betriebsstätten des Gastgewerbes zu beachten. Eine Reduktion der Mobilität und der sozialen Kontakte sei eine notwendige Maßnahme zur Verringerung der Verbreitung von COVID-19. Insbesondere hinsichtlich der Versorgung mit Speisen und Getränken müssten jedoch Ausnahmen vorgesehen werden, um die Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen. Diesbezüglich seien aber Betriebsstätten des Gastgewerbes in Schigebieten nicht mit Betriebsstätten in Fußgängerzonen vergleichbar. Fußgängerzonen würden sich regelmäßig an zentralen Orten in dicht besiedelten Gebieten, insbesondere in Stadtzentren, befinden. In diesen Zonen oder in deren unmittelbaren Nahbereich würden in aller Regel eine Vielzahl von Personen, deren Versorgung mit Lebensmitteln und Speisen notwendig sei, leben und arbeiten. Hingegen sei Schifahren ein planbares Freizeitvergnügen, weshalb die Versorgung mit Speisen und Getränken nicht im gleichen Ausmaß als erforderlich angesehen werden könne. Die Versorgung im Bereich der Talstationen der Seilbahnen sei zur Versorgung der Gäste des Schigebietes ausreichend, zumal dort der Abtransport einfacher erfolgen könne und regelmäßig sehr große Parkplätze

46

für eine entsprechende Verteilung der Gäste, unter Einhaltung der Abstandsregeln, vorhanden seien.

2.3.4. Die angefochtene Bestimmung würde aus gutem Grund zwischen Betriebsstätten des Gastgewerbes in Schigebieten und außerhalb davon unterscheiden. Sogenannte "Rodel- und Wanderhütten" seien zum Teil ebenfalls nicht über eine allgemein zugängliche öffentliche Straße erreichbar. Sie seien aber oftmals auch nicht durch Aufstiegshilfen erreichbar, weshalb hier naturgemäß nicht die gleichen Menschenansammlungen zu erwarten seien wie in Schigebieten. Überdies entspreche es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Versorgungslage in Schigebieten auch ohne Gastronomiebetriebe eine wesentlich bessere sei als im freien (alpinen) Gelände. Die Wahrscheinlichkeit von großen Menschenansammlungen sei in Schigebieten aber jedenfalls als sehr hoch einzuschätzen. 47

2.3.5. Daher sei eine Kombination der beiden Tatbestandselemente (Schigebiet und Erreichbarkeit) für die Bildung des in Prüfung gezogenen Take Away-Verbotese geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um auf beengtem alpinen Raum rund um Schihütten große Menschenansammlungen und damit drohende Infektionen zu vermeiden. 48

2.4. Auch der behauptete Verstoß gegen das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit liege nicht vor: Mit der angefochtenen Verordnung werde wirksam verhindert, dass sich eine größere Anzahl von Personen auf engem Raum aufhalte und sich damit einem hohen Ansteckungsrisiko aussetze. Die Regelung liege im öffentlichen Interesse des Gesundheitsschutzes und sei zur Zielerreichung geeignet und erforderlich. Es würden keine alternativen Mittel bestehen, die den Gesundheitsschutz in gleicher Weise gewährleisten könnten. Auch eine Gesamtabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und der vorübergehenden Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit hinsichtlich bestimmter Orte, zeige, dass die Maßnahme auch verhältnismäßig sei. 49

2.5. Ebenso wenig verstoße die angefochtene Bestimmung gegen das Recht auf Unversehrtheit des Eigentums. Das vorliegende Take Away-Verbot bewirke entgegen der Ansicht der antragstellenden Parteien keine Enteignung im formellen Sinn, sondern eine Eigentumsbeschränkung, weil das zivilrechtliche Eigentumsrecht unangetastet geblieben sei und keine Vermögensverschiebung stattgefunden habe 50

(vgl. VfSlg. 9911/1983, 20.186/2017). Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung verweist der Landeshauptmann auf seine Ausführungen zur Erwerbsfreiheit.

2.5.1. Wie der Verfassungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen habe, sei bei Eigentumsbeschränkungen nicht jedenfalls eine Entschädigung vorzusehen. (vgl. VfSlg. 2572/1953, 2680/1954; VfGH 4.10.2018, E 1818/2018). Es sei aber stets zu prüfen, ob die Eigentumsbeschränkung im konkreten Fall dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspreche (zB VfSlg. 13.587/1993). 51

2.5.2. Die angefochtene Bestimmung stelle dahingehend keine isolierte Maßnahme dar, sondern sei vielmehr Teil eines Maßnahmensystems zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19. Der Bundesgesetzgeber habe auch zur Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Betretungsverbote auf die betroffenen Unternehmen ein umfangreiches System von Hilfs- und Rettungsmaßnahmen vorgesehen. Ein darüber hinausgehender Anspruch auf Entschädigung für die von der angefochtenen Maßnahme betroffenen Unternehmen könne aus dem Grundrecht auf Unversehrtheit des Eigentums nicht abgeleitet werden. 52

2.5.3. Vor diesem Hintergrund sei daher die auf Grund einer akut krisenhaften Situation erfolgte vorübergehende Eigentumsbeschränkung verhältnismäßig. 53

2.6. Die verordnungserlassende Behörde führt abschließend aus, dass, sofern die antragstellenden Parteien in der Grundrechte-Charta gewährleistete Rechte anführen würden, dass vorliegend kein unionsrechtlicher Bezug geltend gemacht werde und ein solcher auch nicht erkennbar sei. 54

3. Der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz hat von der Erstattung einer Äußerung abgesehen. 55

IV. Erwägungen

Der Verfassungsgerichtshof hat die zu V 74/2021, V 75/2021, V 76/2021 und V 77/2021 protokollierten Verfahren in sinngemäßer Anwendung der §§ 187 und 404 ZPO iVm § 35 Abs. 1 VfGG zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden.

1. Zur Zulässigkeit der Anträge

1.1. Gemäß Art. 139 Abs. 1 Z 3 B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über 56
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.

1.1.2. Voraussetzung der Antragslegitimation gemäß Art. 139 Abs. 1 Z 3 B-VG ist 57
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, dass die Verordnung in die Rechtssphäre des
Antragstellers nachteilig eingreift und diese – im Falle ihrer Gesetzwidrigkeit –
verletzt.

1.1.3. Es ist darüber hinaus erforderlich, dass die Verordnung selbst tatsächlich in 58
die Rechtssphäre des Antragstellers unmittelbar eingreift. Ein derartiger Eingriff
ist nur dann anzunehmen, wenn dieser nach Art und Ausmaß durch die Verord-
nung 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 – behaupteter-
weise – rechtswidrigen Eingriffes zur Verfügung steht (VfSlg. 13.944/1994,
15.234/1998, 15.947/2000).

1.1.4. Die antragstellenden Parteien sind Betreiber von Gastgewerbebetrieben in 59
Schigebieten, die nicht über eine Straße erreichbar sind. Daher war es ihnen ge-
mäß § 1 Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete, LGBl. 24/2021, idF
LGBl. 25/2021 in der Zeit von 15. Jänner 2021 bis 11. Mai 2021 untersagt, ihre Be-
triebsstätten zur Abholung von Speisen und Getränken zu öffnen. Die angefoch-
tene Bestimmung stand im Zeitpunkt der Antragstellung in der Fassung
LGBl. 25/2021 in Kraft. Der Umstand, dass die Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO –
Schigebiete mit LGBl. 71/2021 mit Ablauf des 10. Mai 2021 und damit nach der
Antragstellung aufgehoben wurde, schadet in der vorliegenden Konstellation mit

Blick auf die mit VfSlg. 20.399/2020 beginnende Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes 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). Die antragstellenden Parteien sind daher unmittelbar und aktuell in ihrer Rechtssphäre betroffen.

1.1.5. Im Hinblick auf die Verwaltungsstrafdrohung in § 8 Abs. 3 COVID-19-MG (idF BGBl. I 23/2021) steht den antragstellenden Parteien auch kein anderer zumutbarer Weg offen, die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verordnung an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen. 60

1.2. Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Gesetzmäßigkeit 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 Teil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Stelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden. 61

1.2.1. Dieser Grundposition folgend hat der Verfassungsgerichtshof 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. VfSlg. 16.212/2001, 16.365/2001, 18.142/2007, 19.496/2011; VfGH 14.3.2017, G 311/2016). Der Antragsteller hat all 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, 19.684/2012, 19.903/2014; VfGH 10.3.2015, G 201/2014). 62

1.2.2. Unzulässig ist der Antrag etwa dann, wenn der im Falle der Aufhebung im begehrten Umfang verbleibende Rest einer Verordnungsstelle als sprachlich unverständlicher Torso inhaltsleer und unanwendbar wäre (VfSlg. 16.279/2001, 19.413/2011; VfGH 19.6.2015, G 211/2014; 7.10.2015, G 444/2015; VfSlg. 20.082/2016), der Umfang der zur Aufhebung beantragten Bestimmungen so abgesteckt ist, dass die angenommene Gesetzwidrigkeit durch die Aufhebung 63

gar nicht beseitigt würde (vgl. zB VfSlg. 18.891/2009, 19.933/2014), oder durch die Aufhebung bloßer Teile einer Verordnung dieser ein völlig veränderter, dem Verordnungsgeber überhaupt nicht mehr zusinnbarer Inhalt gegeben würde (vgl. VfSlg. 18.839/2009, 19.841/2014, 19.972/2015, 20.102/2016).

1.2.3. Unter dem Aspekt einer nicht trennbaren Einheit in Prüfung zu ziehender Vorschriften ergibt sich ferner, dass ein Prozesshindernis auch dann vorliegt, wenn es auf Grund der Bindung an den gestellten Antrag zu einer in der Weise isolierten Aufhebung einer Bestimmung käme, dass Schwierigkeiten bezüglich der Anwendbarkeit der im Rechtsbestand verbleibenden Vorschriften entstünden, und zwar in der Weise, dass der Wegfall der angefochtenen (Teile einer) Bestimmung den verbleibenden Rest unverständlich oder auch unanwendbar werden ließe. Letzteres liegt dann vor, wenn nicht mehr mit Bestimmtheit beurteilt werden könnte, ob ein der verbliebenen Vorschrift zu unterstellender Fall vorliegt (VfSlg. 16.869/2003 mwN).

64

1.2.4. Im Verfahren hat sich nichts ergeben, was am Vorliegen dieser Voraussetzung zweifeln ließe. Die Bedenken der antragstellenden Parteien richten sich gegen § 1 Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete; die übrigen Bestimmungen der Verordnung stehen in keinem untrennbaren Zusammenhang mit der angefochtenen Bestimmung und mussten daher nicht mit angefochten werden. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweisen sich die Anträge insgesamt als zulässig.

65

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).

66

2.2. Die Anträge sind begründet.

67

Die antragstellenden Parteien bringen im Wesentlichen die gleichen Bedenken im Hinblick auf die Gleichheitswidrigkeit der angefochtenen Bestimmung vor, wie sie der Antragsteller in dem zu V 5/2021 protokollierten Verfahren betreffend die inhaltlich gleichlautende Bestimmung in der Oö. COVID-19-Maßnahmenverordnung – Schigebiete, LGBl. für Oberösterreich 141/2020, geltend gemacht hat. 68

Der Verfassungsgerichtshof kann daher sinngemäß auf die diesbezüglichen Erwägungen zur Gesetzwidrigkeit der angefochtenen Bestimmung im Erkenntnis zu dieser Zahl verweisen (siehe Punkt IV.4. des Erkenntnisses vom 23. September 2021, V 5/2021). 69

§ 1 Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete, LGBl. 24/2021, idF LGBl. 25/2021 erweist sich daher als gleichheitswidrig. 70

2.3. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine weitere Prüfung, ob die angefochtene Bestimmung auch aus anderen Gründen gesetzwidrig war, insbesondere ob die verordnungserlassende Behörde ihrer Dokumentationspflicht im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes nachgekommen ist (vgl. grundlegend VfSlg. 20.398/2020, 20.399/2020; weiters VfGH 24.6.2021, V 592/2020; 24.6.2021, V 593/2020). 71

2.4. Da § 1 Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete, LGBl. 24/2021, idF LGBl. 25/2021 mit Ablauf des 10. Mai 2021 außer Kraft getreten ist, genügt es festzustellen, dass die Bestimmung gesetzwidrig war (Art. 139 Abs. 4 B-VG). 72

V. Ergebnis

1. § 1 Tiroler COVID-19-MaßnahmenVO – Schigebiete, LGBl. 24/2021, idF LGBl. 25/2021 war gesetzwidrig. 73

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. 74

3. Die Verpflichtung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz zur unverzüglichen Kundmachung der Aussprüche in Punkt 1. und 2. erfließt aus Art. 139 Abs. 5 zweiter Satz B-VG iVm § 4 Abs. 1 Z 4 BGBIG. 75

4. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 76

5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 61a VfGG. Da die Antragsteller durch denselben Rechtsanwalt vertreten sind (die Anträge sind nahezu ident), ist ihnen der einfache Pauschalsatz erhöht um einen 20%igen Streitgenossenzuschlag zuzusprechen. In den zugesprochenen Kosten ist Umsatzsteuer in Höhe von € 523,20 sowie der Ersatz der Eingabengebühren in Höhe von € 960,- (4 x € 240,-) enthalten. Die als "Erhöhungsbetrag (ERV)" geltend gemachten Kosten sind schon deshalb nicht zuzusprechen, weil diese bereits mit dem Pauschalsatz abgegolten sind (vgl. VfSlg. 19.912/2014, VfGH 9.3.2016, E 1845/2015; 24.11.2017, E 3218/2016). 77

Wien, am 6. Oktober 2021

Der Präsident:

DDr. GRABENWARTER

Schriftführerin:

Dr. KASPAR, LL.M.

* V 74/2021-8, V 75/2021-8, V 76/2021-8, V 77/2021-8