

## COVID-19: Wenn Politiker die Mathematik über Freiheitsbeschränkungen entscheiden lassen

1. Österreich ist anders geworden. Sehr anders, auch wenn die meisten es einfach so hinzunehmen scheinen. Schrittweises Hochfahren der Wirtschaft hin oder her - wir leben urplötzlich mit polizeistaatlichen Verhältnissen und gravierenden Einschränkungen unserer Grund- und Menschenrechte, die diktatorischen Regimes bestens anstünden. Oft wurde davon gesprochen, dass dies die neue Normalität sei und dass die alte Normalität nicht mehr zurückkäme. Als aufrechtem Demokraten und Vertreter rechtsstaatlicher Grundsätze müssen einem hier alle Warnlichter angehen. Wie lange nicht? Sehr lange? Oder vielleicht in der gewohnten Form gar nicht mehr?
2. Einige meiner geschätzten Kollegen, wie etwa Alfred Noll,<sup>1</sup> Peter Bußjäger,<sup>2</sup> Manfred Matzka,<sup>3</sup> Stefan Griller<sup>4</sup> und Nikolaus Forgó<sup>5</sup> haben ihre Bedenken schon zum Ausdruck gebracht. Das tut gut. Es ist beruhigend zu wissen, dass nicht jeder einzelne es nachvollziehbar und richtig findet, von heute auf morgen unter totalitären Bedingungen zu leben – trotz COVID-19. Und als Experte wird man in der Überzeugung bestätigt, dass die gegenwärtigen Maßnahmen nicht mit einem oberflächlichen „angesichts der großen Gefahr sind die derzeitigen Einschränkungen sicher verhältnismäßig“ abgetan werden dürfen.
3. Im Gegenteil: Verhältnismäßigkeit erfordert viel mehr als nur das öffentliche Interesse an der Bewahrung eines Schutzgutes (wie des Lebens) oder die

---

<sup>1</sup> Vgl <https://www.derstandard.at/story/2000116124769/corona-krise-der-verordnungsstaat>.

<sup>2</sup> Vgl <https://www.vol.at/was-darf-der-staat-in-der-corona-krise/6582923>.

<sup>3</sup> Vgl <https://www.derstandard.at/story/2000116589247/husch-pfusch-gesetze-zahllose-erlaesse-das-virus-im-massnahmengesetz>.

<sup>4</sup> Vgl <https://www.diepresse.com/5799753/betretungsverordnung-neu-die-verpasste-chance>.

<sup>5</sup> Vgl <https://www.diepresse.com/5796147/fruhlingshaft-1-oder-grundrechte-sind-kein-schonwettershyprogramm>.

Angst vor der (möglichen) Ausbreitung einer Gefahr. Verhältnismäßigkeit fordert eine Berücksichtigung der zentralen Faktenlage und eine eingehende Prüfung der Angemessenheit zwischen zu erreichendem Ziel und der dafür eingesetzten Freiheitseinschränkung. Alternativmaßnahmen, die gelindere Mittel anwenden, müssen ausscheiden. Wenn nun angesichts – im Vergleich mit normalen Grippeepidemien - derart niedriger Zahlen an Infizierten und Opfern dennoch extrem eingriffsintensive Maßnahmen gesetzt und sogar eine App-gesteuerte totale Überwachung jedes Einzelnen wie selbstverständlich ange-dacht wird, dann müssen jedem dem liberalen Denken verbundenen Menschen und vor allem jedem Verfassungsexperten die Grausbirnen aufsteigen.

4. Datenschutzexperte Forgó hat völlig recht: Das ist die Büchse der Pandora, die – einmal geöffnet – eventuell nie mehr geschlossen werden kann. Das hat aber weniger mit Datenschutz zu tun, als mit einer verfehlt-verzerrenden und höchst brisanten Argumentationsstrategie: Menschenleben zu retten, ist ein unschlagbares Argument, und so wird es ja auch als Rechtfertigung für härteste Maßnahmen gegen Corona stets aus der Tasche gezogen, sobald Kritik laut wird. Dieses Argument lässt sich jedoch in nahezu allen Bereichen des Staatshandelns ins Treffen führen, wie etwa auch im Verkehr, dem Klimaschutz, bei allen Gewaltdelikten uvam. Überall ließe sich behaupten, die totale Überwachung unter Einsatz von Tracking, Bewegungsprofilen und sogar des automatisierten Abhörens der agierenden Menschen mittels KI und Big Data sei hier erforderlich, um Menschenleben zu retten. Die vielen Verkehrstoten, Opfer der Luftverschmutzung, im Streit vorgefallene Morde oder Körperverletzungen. All dies und noch mehr ließe sich bei totaler Überwachung fast komplett abstellen. Greift der Staat einmal in diese nahezu unerschöpfliche Trickkiste, ist kein Ende absehbar – und wir sind unsere Entscheidungsfreiheit und unsere Privatsphäre wohl endgültig los.
5. Die Absicht, Leben zu retten, ist kein Patentrezept für die Setzung jeglicher rigider Maßnahmen, die das vielleicht bewerkstelligen könnten. Sonst ließen sich mit diesem Argument zB auch Alkohol und Zigaretten verbieten. Wer weiß, wieviele Menschenleben dadurch jährlich gerettet werden könnten. Der Tod ist (leider) Teil des Lebens und wurde in diesem Umfang auch von unseren

freiheitssichernden Grundrechten in ihr Konzept aufgenommen. Die Freiheit der Menschen, ihre eigenen Entscheidungen zu treffen, muss zwangsläufig manchmal dazu führen, dass andere zu Schaden kommen. Wer – wie einiger meiner deutschen Kollegen – ohne positivrechtliche Grundlage umfassende Schutzpflichten des Staates konstruieren möchte, sät dabei zünftig an den Grundpfeilern unseres liberalen europäischen Konzeptes. Auch die Möglichkeit der Rettung von Menschenleben macht Maßnahmen noch lange nicht zu verhältnismäßigen Eingriffen.

6. Totalitäre Grundrechtseinschränkungen sind keine Bagatellsache. Und ihre verfassungsrechtliche Beurteilung ist keine „juristische Spitzfindigkeit“. Die objektive Prüfung der Verhältnismäßigkeit solcher Maßnahmen ist auch nicht „dumm“. Im Gegenteil. Schon in der Volksschule haben wir gelernt, dass der Zweck nicht die Mittel heiligt.
7. Ja, kein Zweifel: mit einer potentiellen Katastrophe vor Augen gelungene Entscheidungen zu treffen, ist verdammt schwierig. Aber es wird noch schwieriger, eine verfassungsrechtlich angemessene Entscheidung zu wählen, wenn man die Mathematik die führende Rolle einnehmen lässt. Zahlen können eine initiale Entscheidungshilfe sein, nicht mehr. Wenn Zahlen als Rechtfertigungsautomatik für rigide staatliche Maßnahmen eingesetzt werden, schaltet man die grundrechtlichen Abwägungsmechanismen aus und ersetzt sie durch die bloß scheinbare Exaktheit statistischer Berechnungen. Das Ergebnis der Rechnung mag innerhalb der jeweiligen Badbreite klar und eindeutig scheinen, doch die zugrundeliegenden Annahmen und die Wahl der Stichproben ist es, die bewirken, ob es in die eine oder die andere Richtung ausschlägt. Manipulationen und Einflussnahmen sind so Tür und Tor geöffnet; die Exaktheit bleibt Illusion. Und nahezu unmöglich wird es, verfassungsrechtlich korrekt zu handeln, wenn die Beachtung grundrechtlicher Notwendigkeiten als „juristische Spitzfindigkeit“ angesehen wird oder wenn Berater, die sich gegen die Meinung des Regierungschefs stellen, einfach als die „falschen“ Experten abqualifiziert werden und sie daraufhin das Beratungsgremium verlassen (müssen). Vielleicht ist die Situation ja so gefährlich, dass auch die Meinungsfreiheit jetzt anders gehandhabt werden muss als vor COVID-19. Vielleicht liegt man bei der

Handhabung der gegenwärtigen Lage aber auch generell einfach daneben. Seien wir ehrlich: Egal, ob es sich um eine „echte“ Krise handelt oder um einen mithilfe massiver medialer Online-Präsenz panikmachender Detailsichten herbeigeredeteten negativen Hype: Wenn Bürgern pauschal die Bewegungs- und Reisefreiheit genommen und die Wirtschaft durch die massive Einschränkung der Erwerbsfreiheit getroffen wird wie von einer Cruise Missile sind Aussagen wie die oben nur ansatzweise zitierten nicht angebracht. Und noch mehr: Sie gehen in einem demokratischen Rechtsstaat gar nicht.

8. Dafür würden sie jedem modernen diktatorischen Leader bestens zu Gesicht stehen. Seien wir einfach direkt: Wären derartige Maßnahmen nicht von einer türkis-grünen Regierung, sondern unter blauer Beteiligung gesetzt worden, gäbe es massivste Proteste und umfassende Widerstände aus allen Lagern. Wir lernen: Es kommt ganz und gar nicht darauf an, wer totalitäre Maßnahmen setzt. Vertrauen ist hier immer Fehl am Platz. Es geht vielmehr nur um Art und Inhalt der Maßnahmen und was sie für die Grundfesten des Staatswesens und für die Bevölkerung bedeuten.
9. Tatsache ist, dass es derartige Grundrechtseinschränkungen zuletzt in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts gegeben hat. Und klar ist auch, dass auch bei einem harten Kurs gegen COVID-19 von den handelnden Politikern mehr Achtung gegenüber den Grundfesten unseres liberalen Systems aufzubringen ist. Unsere rechtstaatlichen Grundkonzepte sind historisch aus vielen Unrechtserfahrungen heraus entstanden, und das mit gutem Grund. Kann der Staat mehr oder weniger frei entscheiden, mit welchen Mitteln er Ziele verfolgt, ist es mit der Freiheit des Einzelnen vorbei. Akteuren, die unsere liberalen Errungenschaften der Kategorie juristischer Spitzfindigkeiten nahebringen, kann man nur mit auf den Weg geben, dass wir - wie es Forgo richtig dargelegt hat - unser freiheitliches Staats- und Menschenbild auch in Zeiten der Krise bewahren müssen.
10. Ja, ein Konzept zur Bekämpfung der unkontrollierten Ausbreitung von COVID-19 ist wichtig. Zustände, wie sie aufgrund anderer bzw. ungünstiger Rahmenbedingungen zB in Italien und in New York aufgetreten sind, müssen

verhindert werden. Was wir jedoch nicht brauchen, ist ein von schierer Angst und Panikmache getragenes undifferenziertes, rechtstaatlich nicht haltbares Maximalprogramm. Und es geht hier bei Weitem nicht nur um staatstragende Grundsätze, die nicht ausreichend beachtet wurden. Auch im Detail sind die durch Gesetz und Verordnungen eingeführten Maßnahmen in so mancher Hinsicht Pfusch, wie Anton Neulinger und ich in einem anderen Beitrag herausgearbeitet haben (Siehe [www.nmc-anwaelte.at](http://www.nmc-anwaelte.at), Twitter Account @anton\_neulinger, <https://staatsrecht.univie.ac.at/team/piska-christian> sowie den unter meinem Namen zugänglichen LinkedIn-Account). Pfusch, der auch in einer Gefahrensituation kein Kavaliersdelikt ist. Es wäre vermeidbar gewesen, dass eine von der Wirtschaftskompetenz her gut aufgestellte Bundesregierung erst knapp vor Ostern erkennt, dass die Wirtschaft – wenn auch mit Vorsichtsmaßnahmen - generell weiterarbeiten muss, um nicht mit der Zeit ihre Existenzgrundlage in manchen Bereichen gänzlich zu verlieren. Oder dass just zu dem Zeitpunkt, da der Handel schrittweise hochfahren darf, Supermärkten ein Verbot des Verkaufs von Werkzeug, Gartengeräten und Haushaltswaren aufs Auge gedrückt werden soll. Die Diskussion über derartige Wettbewerbsverzerrungen hätte man sich wahrlich sparen können. Hier wäre ein wenig mehr Einsicht gegenüber den dringend notwendigen legislatischen Retuschen zur Nachbesserung von Fehlritten des Verordnungs- und Gesetzgebers wirklich angebracht.

11. Von Anfang an wären nicht nur das Leben und die Aufrechterhaltung eines effizienten Gesundheitssystems, sondern auch die Erwerbsfreiheit, die Eigentumsfreiheit, der Gleichheitssatz und die Bewegungsfreiheit des Einzelnen in die Interessenabwägung maßgeblich miteinzubeziehen gewesen. Vor allem unter dem gesicherten Aspekt, dass im Wesentlichen sehr alte Menschen sowie Menschen mit schweren Vorerkrankungen durch COVID-19 gefährdet sind, nicht aber das Gros der arbeitenden Bevölkerung und schon gar nicht junge Menschen. Art 2 4. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention enthält hier die nötigen Determinanten, wobei ganz klar zu sagen ist, dass jegliche Einschränkung nicht nur an sich erforderlich, sondern auch einer demokratischen Gesellschaft angemessen erscheinen muss. Der Replikationsfak-

tor allein ist also nicht alles, wenn es um die Bestimmung der Gegenmaßnahmen geht. Aber wenn man schon die Mathematik entscheiden lassen möchte, dann sollte eine Senkung des Replikationsfaktors unter 1 für 2 bis höchstens 4 Wochen das Ende der totalitär-rigiden Maßnahmen markieren. Andernfalls würde wohl der Boden jeglichen liberalen Staatshandelns endgültig verlassen.

12. Schon wird prognostiziert, dass wir vor der schlimmsten Wirtschaftskrise seit der am schwarzen Freitag an der New Yorker Börse eingeläuteten großen Depression stehen. Von liberalem Denken getragene Maßnahmen hätten für Österreich die schlimmsten Folgen abfedern können – und könnten es immer noch schaffen, Wirtschaft und Bevölkerung zu entlasten. Viel besser als mehr oder weniger ohne Rechtsschutz gewährte Hilfszahlungen, die letztlich wiederum von der Allgemeinheit getragen werden müssen.
13. Als Bürger eines liberalen Staates wie Österreich darf man verlangen, dass die handelnden Akteure auch in Zeiten von Corona unseren freiheitlichen Errungenschaften und den liberalen wirtschaftlichen Grundrechten höchste Wertschätzung entgegenbringen. Einschränkungen von Menschenrechten sind systembedingt möglich und manchmal unumgänglich, aber nicht um jeden Preis. Der Zweck heiligt nicht die Mittel.

**(a) Zum 1. COVID-19 Gesetz BGBl I 12/2020**

**(i) Zum Bundesgesetz über die Errichtung des Covid-19-Krisenbewältigungsfonds (COVID-19-FondsG)**

14. Im Jahr 1922 erhielt Österreich aus einer Völkerbund-Anleihe 650 Millionen Goldkronen, um den Staatsbankrott abzuwenden. Was hat diese Tatsache mit dem Corona-Virus und der von ihm verursachten COVID-19-Pandemie zu tun?
15. In beiden Fällen haben einfache Bundesgesetze den Verordnungsgeber zu weitreichenden Maßnahmen per Verordnung ermächtigt; beide Fälle ähneln einander frappierend:

16. Im Fall der Völkerbundanleihe fand der Verfassungsgerichtshof (VfGH) in VfSlg 176/1923<sup>6</sup> zu seiner bis heute im Wesentlichen unveränderten Rechtsprechung, dass ein Gesetz inhaltlich hinreichend bestimmt sein muss und aus diesem allein alle wesentlichen Momente der beabsichtigten Regelung zu ersehen sein müssen. Eine Verordnung ist nur dann verfassungsmäßig, wenn die von ihr durchzuführende gesetzliche Bestimmung materiellrechtlichen Charakter hat. Der VfGH verwendete damals schon den Begriff der formalgesetzlichen Delegation. Der Gesetzgeber darf seine Funktion durch einfaches Bundesgesetz also nicht an den Ordnungsgeber abgeben; der durch einfaches Gesetz ermächtigte Ordnungsgeber darf sich nicht zum Gesetzgeber aufschwingen, wenn es dafür im Gesetz keine Grundlage gibt. Der VfGH schon damals wörtlich: „Nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie“ der Verordnung muß in Gesetzesform bestimmt sein.“<sup>7</sup> Der VfGH hat beginnend mit dem sogenannten Perchtoldsdorf-Erkenntnis VfSlg 8280/1978<sup>8</sup> ausgesprochen, dass Planungsnormen ihrem Wesen nach nur final, das heißt im Hinblick auf bestimmte zu erreichende Planungsziele bestimmt werden können. Es sei ausreichend, dass der Raumordnungsgesetzgeber Ziele definiert, welche der Ordnungsgeber durch Verordnung umsetzen könne. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, gesetzliche Bestimmungen bloß zielgerichtet zu bestimmen, kommt Verfahrensvorschriften eine besondere Bedeutung zu. Es soll durch ein besonders strenges Verfahrensrecht und solide Entscheidungsgrundlagen er-

<sup>6</sup> Vgl VfGH 19.3.1923, V3/23 = VfSlg 176/1923; VfGH 6.10.1981, G47/79 = VfSlg 9226/1981 (Wr Vergnügungssteuergesetz); VfGH 26.2.1997, G112/96; G113/96; G289/96; G290/96 = VfSlg 14762/1997 (Betriebsgebiet nach dem VlbG Raumplanungsg 1996); VfGH 23.6.2003, G39/03; V56/03 - G40/03 ua = VfSlg 16902-16903/2003 (Wohlfahrtseinrichtungen der Ziviltechniker); Zum Determinierungsgebot des Art 18 B-VG grundlegend vgl insb Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 59ff, tendenziell weniger streng auch bei Regelungen für die Hoheitsverwaltung Korinek/Holoubek, Privatwirtschaftsverwaltung – der gebändigte Leviathan, Festschrift für Josef Aicher, 314ff; zum Determinierungsgebot im Wirtschaftsrecht vgl Eberhard, Die Bedeutung des Legalitätsprinzips im Wirtschaftsrecht, ZfV 2013/1131, 727ff.

<sup>7</sup> Vgl VfSlg 176/1923, 14.

<sup>8</sup> Vgl VfGH 13.3.1978, V 51/77 = VfSlg 8280/1978, 206ff.

setzt werden, was durch eine Art 18 Abs 1 B-VG nicht wirklich entsprechende Bestimmung nicht erreicht werden kann.<sup>9</sup> Unter dem Schlagwort des sogenannten differenzierten Legalitätsprinzips<sup>10</sup> überträgt der VfGH diese Judikatur auch auf Rechtsbereiche außerhalb des Raumordnungsrechts.<sup>11</sup> Danach kommt es auf die zu regelnde Sache und den Regelungszusammenhang an,<sup>12</sup> welche Anforderungen an Bestimmtheit das B-VG an den Gesetzgeber stellt.

17. Mit dem Bundesgesetz über die Errichtung des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds richtete der einfache Gesetzgeber einen Fonds ein. Dessen einziges Ziel ist nach § 1 Abs 2 COVID-19-FondsG, den Bundesministerien, die notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen, um die erforderlichen Mittel „im Zusammenhang mit der Bewältigung der COVID-19 Krisensituation“ setzen zu können.
18. § 3 des COVID-19-FondsG enthält einen Maßnahmenkatalog. Schlagwortartig werden sieben nicht näher definierte Maßnahmen genannt, nämlich zur Stabilisierung der Gesundheitsversorgung, zur Belebung des Arbeitsmarkts (vor allem Kurzarbeit), zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, im Zusammenhang mit den Vorgaben für die Bildungseinrichtungen, zur Abfederung von Einnahmefällen in Folge der Krise im Zusammenhang mit dem Epidemiegesetz und zur Konjunkturbelebung.
19. Geradezu entlarvend sind die Bestimmungen § 3 Abs 2 und 3 COVID-19-FondsG. Dort heißt es bloß: „Der Bundesminister für Finanzen hat per Verordnung Richtlinien für die Abwicklung der Fondsmittel festzulegen.“ „Über die

<sup>9</sup>

So Schon VfSlg 8280/1978, 211; für die jüngere Zeit vgl etwa VfGH 15.3.2017, V162/2015 = VfSlg 20.162/2017, zur finalen Programmierung vgl insb Eberhard, Legalitätsprinzip aaO 730.

<sup>10</sup>

Vgl dazu Eberhard, Legalitätsprinzip, aaO, 729f.

<sup>11</sup>

Vgl etwa VfGH 27.9.2014, V5/2014 = VfSlg 19.899/2014 (Zulassungsverordnung des Rektorats der MedUni Wien).

<sup>12</sup>

So Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> 775 unter Hinweis auf VfSlg 19.899/2014.



konkrete Auszahlung der finanziellen Mittel entscheidet der Bundesminister für Finanzen im Einvernehmen mit dem Vizekanzler.“

20. Nirgendwo im Gesetz ist festgelegt, wer wieviel wofür erhalten soll. Die Richtlinien dafür hat ganz allein der Bundesminister für Finanzen festzulegen. Auszahlungskriterien werden durch das Gesetz keine bestimmt.
21. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass das COVID-19-FondsG allem Anschein nach dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG widerspricht. Ändern die sieben Maßnahmen etwas an dieser Einschätzung?
22. Der Maßnahmenkatalog des § 3 Abs 1 FondsG soll wohl die fehlende Bestimmtheit des Gesetzes abmildern. Der Gesetzgeber versucht dadurch, die fehlende Bestimmtheit durch die Beschränkung der Mittel auf nicht wirklich definierte Maßnahmen zu ersetzen.
23. § 3 Abs 1 COVID-19-FondsG sieht jedoch nicht einmal Ziele vor, sondern nicht näher definierte Maßnahmen in unbestimmten Handlungsfeldern. Selbst wenn man dem einfachen Gesetzgeber einräumt, wegen der Corona-Krise final, das heißt nur im Hinblick auf Ziele, Auszahlungskriterien festlegen zu dürfen, widerspricht das Bundesgesetz über die Errichtung des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG. Ebenso fehlt es an Verfahrensvorschriften, welche zum Ergebnis der Maßnahmen oder Ziele führen. Nicht einmal eine regelmäßige Überprüfungspflicht mithilfe von Sachverständigen sieht das Gesetz vor.
24. Was hätte der Gesetzgeber machen sollen?
25. Auch diese Antwort gibt das Erkenntnis VfSlg 176/1923. Bereits damals hielt der VfGH die formalgesetzliche Delegation zur Erlassung gesetzändernder Verordnungen durch Verfassungsgesetz für zulässig.<sup>13</sup> Da damals ein solches für gewisse Bereiche des Wiederaufbaugesetzes bestand, war dem Gesetzgeber klar, was zu machen ist. Heute gilt außerhalb des Anwendungsbereichs der EMRK dasselbe wie schon in den Zwanziger-Jahren des 20. Jahrhunderts: Wäre

---

<sup>13</sup> VfSlg 176/1923, 15.

also das Bundesgesetz über die Errichtung des COVID-19-FondsG als Verfassungsgesetz beschlossen worden, wäre es verfassungsrechtlich wohl einwandfrei, weil zur Freigabe fehlender Mittel zur Verhinderung einer Vielzahl von Konkursen und zur Vermeidung von Massenarbeitslosigkeit bei gleichzeitiger Lockerung des EU-Beihilfenrechts ein breiter politischer Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers besteht, der ein zeitlich und finanziell beschränktes gesetzergänzendes Verordnungsrecht des Finanzministers rechtfertigt.

26. Doch der Gesetzgeber hätte das COVID-19-FondsG uE auch einfachgesetzlich einwandfrei regeln können. Dazu hätte er als Ziel festlegen können, den Replikationsfaktor unter Aufrechterhaltung der Wirksamkeit eines effizienten Gesundheitssystems vier aufeinanderfolgende Wochen lang auf unter 1 zu drücken. Zudem hätte er wohl Ziele für stark betroffene Gebiete und Ziele für weniger stark in Mitleidenschaft gezogene Gegenden unterscheiden müssen und so unterschiedlich starke Maßnahmen an unterschiedliche Gegebenheiten knüpfen müssen.
27. Derzeit besteht die Gefahr, dass eine Landesregierung oder die Volksanwaltschaft von der Befugnis zur abstrakten Normenkontrolle Gebrauch macht und so die gesetzliche Basis diverser Förderungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Krise anfecht. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass die Kommission die österreichische Bundesregierung zwingt, die dann gesetzlos ergangenen Beihilfen – etwa die COVID-19-Kurzarbeit – von den Förderungsempfängern zurückzufordern.
28. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber sein Versehen schleunigst repariert und das COVID-19-FondsG entweder als Verfassungsgesetz beschließt oder die von Vertretern der Bundesregierung ständig formulierten Ziele auch gesetzlich festlegt und so den von Verfassung wegen geforderten Determinierungsgrad des Gesetzes erreicht.

**(ii) Zum Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID19Maßnahmengesetz)**

29. Ein bisschen besser hat es der Gesetzgeber mit dem im ebenfalls durch BGBl I 12/2020 kundgemachten COVID-19-Maßnahmengesetz gemacht. Doch auch bei diesem Gesetz hat der Gesetzgeber in der Eile gepfuscht.
30. § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz ermächtigt den Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung Betretungsverbote in Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren- und Dienstleistungen und Ausnahmen davon zu verhängen, „soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.“ § 2 desselben Gesetzes ermöglicht gar abstrakte Betretungsverbote „von bestimmten Orten“, die im Gesetz aber nicht einmal beispielhaft aufgezählt werden.
31. Immerhin findet sich in beiden Bestimmungen jeweils die Schranke „soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist“. Damit versucht der einfache Gesetzgeber zwar, den im Sachlichkeitsgebot des in Art 2 StGG und Art 7 B-VG normierten Gleichheitsgrundsatz einzuhalten. Er gerät aber wie schon beim COVID-19-FondsG mit dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG in Konflikt. Es besteht zumindest ein Spannungsverhältnis zu Art 2 Abs 3 4. ZPMRK, wonach Einschränkungen der Freizügigkeit gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse unter anderem zum Schutz der Gesundheit oder der öffentlichen Ordnung notwendig sein müssen.

**1) Zum Verstoß gegen Art 18 Abs 1 B-VG**

32. Während § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz ein generelles Betriebsstättenbetretungsverbot erlaubt,<sup>14</sup> kann der Bundesminister für Soziales, Gesundheit Pflege und Konsumentenschutz nach § 2 COVID-19-Maßnahmengesetz das Betreten von bestimmten Orten untersagen.

<sup>14</sup>

Vgl § 1 COVID-19-MaßnahmenG „das Betreten von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder Dienstleistungen“.

33. Das „Wie“ der Normierung wird allein dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz überlassen. Er kann jede Betriebsstätte zum Erwerb von Waren oder Dienstleistungen schließen. Dabei werden Arztpraxen in Waidhofen an der Thaya mit Rechtsanwaltskanzleien in Wels genauso in einen Topf geworfen wie Eisenhändler in Höchst mit Sexshops in Hermagor gleichgesetzt werden. Zwar heißt es im Ausschussbericht, dass Unternehmen, in denen kein Kontakt mit Kunden besteht, vom Verbot nicht betroffen seien.<sup>15</sup> Warum das aber nicht im Gesetz steht, kann nur der Gesetzgeber beantworten.
34. Das Gesetz enthält jedoch weder eine Zielbestimmung noch irgendwelche Schranken in sachlicher und örtlicher Hinsicht und ist deshalb uE – eindeutig! – verfassungswidrig. Dass das Gesetz zeitlich mit Ablauf des 31.12.2020 befristet ist, ist begrüßenswert, vermag aber nicht, ein bestimmtes und mit verhältnismäßigen und vertretbaren Mitteln erreichbares Ziel zu ersetzen.
35. Dabei hätte der Gesetzgeber das Rad nicht neu erfinden müssen. Das nach wie vor in Kraft stehende Epidemiegesetz 1950 regelt alles, was zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie erforderlich ist.
36. Zwar ist das im Wesentlichen auf dem Gesetz betreffend die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, RGBI 67/1913 beruhende Epidemiegesetz 1950, BGBl 186/1950 in die Jahre gekommen. Entgegen den Angaben im Ausschussbericht zum COVID-19-Gesetz, kann aber keine Rede davon sein, dass es „nicht ausreichend bzw. zu kleinteilig“ sei, „um die weitere Verbreitung von COVID-19 zu verhindern“.<sup>16</sup>
37. So ermöglicht § 20 Epidemiegesetz 1950 die Schließung von Betriebsstätten, in denen bestimmte Gewerbe ausgeübt werden, deren Betrieb eine besondere Gefahr für die Ausbreitung dieser Krankheit mit sich bringt, für bestimmt zu bezeichnende Gebiete angeordnet werden, wenn und insoweit nach den im Betriebe bestehenden Verhältnissen die Aufrechterhaltung desselben eine

---

<sup>15</sup>

Vgl 102 der Beilagen XXVII. GP, Ausschussbericht NR - Berichterstattung 5.

<sup>16</sup>

So aber 102 der Beilagen XXVII. GP 5.

dringende und schwere Gefährdung der Betriebsangestellten selbst sowie der Öffentlichkeit überhaupt durch die Weiterverbreitung der Krankheit begründen würde.

38. Die Schließung der Betriebsstätte ist nach § 20 Abs 3 EpidemieG erst dann zu verfügen, wenn ganz außerordentliche Gefahren sie nötig erscheinen lassen.
39. Die Einschränkung der Maßnahmen auf Gewerbebetriebe ist wohl historisch zu erklären und wohl nicht mehr zeitgemäß, weil natürlich auch Freiberufler nicht vor COVID-19 gefeit sind.
40. Es wäre aber dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durchaus zuzumuten gewesen,
- die Gewerbe und Unternehmen, von deren Betrieb eine besondere Gefahr ausgeht, positiv aufzuzählen;
  - die Gebiete zu bezeichnen, für welche die Betriebsbeschränkungen gelten sollen
  - Verhältnisse in Betriebsstätten festzustellen, die zu einer Gefährdung der Betriebsangestellten und der Öffentlichkeit führen und
  - Verhältnisse in der Öffentlichkeit und Betrieben festzustellen, die ganz außerordentliche Gefahren begründen,

weshalb uE kein sachlicher Grund besteht, den Verordnungsgeber aus dem Regime des strengeren EpidemieG 1950 zu entlassen und ihm mit dem COVID-19-Maßnahmengesetz schrankenloses Ermessen per Verordnung einzuräumen.

41. Es ist klar, dass COVID-19 durch Tröpfchen- oder Schmierinfektion ausgelöst wird und daher Publikumsverkehr per se gefährlich ist. Ebenso klar ist, dass Personen einen Abstand von zumindest ein bis drei Metern zueinander halten müssen.
42. Umgelegt auf die Anfang April 2020 bestehende Situation heißt das, dass
- alle Unternehmen in Ballungsräumen sowie besonders betroffenen Gebiete mit Publikumsverkehr auch auf Basis des Epidemiegesetzes 1950 hätten geschlossen

werden können, wenn in einem bestimmten Gebiet eine gewisse Anzahl an COVID-19-Infektionen erreicht worden wäre;

- hingegen im ländlichen Raum ohne Vielzahl an Infektionen, etwa im niederösterreichischen Waldviertel, insb in den Bezirken Gmünd, Waidhofen an der Thaya, Zwettl sowie im Weinviertler Bezirk Hollabrunn nach wie vor überhaupt kein Grund bestehen würde, Betriebsbeschränkungen zu verfügen, wenn in diesen noch keine COVID-19-Infektion aufgetreten ist.
43. Damit ist uE nachgewiesen, dass weder der Gesetzgeber noch der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz als Verordnungsgeber das COVID-19-Maßnahmengesetz benötigen, um der COVID-19-Pandemie Herr zu werden.
44. Doch auch die Verordnungen, welche auf der Grundlagen der §§ 1 COVID-19 Maßnahmengesetz erlassen worden sind, sind wenig geglückt:
45. So verbietet § 1 des auf Grund von § 2 Z 1 COVID-19-MaßnahmenG erlassenen Betretungsverbots<sup>17</sup> das Betreten aller (!) öffentlicher Orte generell, obwohl sich die (unbestimmte) Regelung § 2 Z 1 COVID-19 auf bestimmte Orte bezieht. Noll wies zutreffend darauf hin, dass es völlig absurd wäre zu sagen, dass uns Rechtsunterworfenen das Betreten bestimmter Orte untersagt sei, wenn uns grenzen- und bestimmungslos das Betreten aller öffentlichen Orte<sup>18</sup> verboten wird. UE müssen schon deshalb die von der Verordnung erfassten Verbote restriktiv interpretiert werden. So sind uE private Fahrten mit dem Kfz ins Wochenendhaus ohne Zwischenstopp an einem öffentlichen Ort ebenso zulässig wie Wohnungsübersiedlungen. Denn in beiden Fällen steigt niemand an einem öffentlichen Ort aus. Auch das Halten und Aussteigen an einer Tankstelle ist zulässig, da ebenfalls kein öffentlicher Ort betreten wird, sondern eine auf einer privaten Liegenschaft von einem idR privat-rechtlich organisier-

<sup>17</sup> Vgl BGBl II 96/2020 idF BGBl II 108/2020.

<sup>18</sup> Vgl Noll Corona-Krise: Der Verordnungsstaat in Der Standard vom 25.3.2020, <https://www.derstandard.at/story/2000116124769/corona-krise-der-verordnungsstaat>.

ten Unternehmer befindliche Betriebsanlage.<sup>19</sup> Die fünf Ausnahmen erlauben hingegen das Betreten öffentlicher Orte zur Deckung der notwendigen Grundbedürfnisse unter Einhaltung eines Abstandes von einem Meter (§ 2 Z 3) und erlauben in diesem Zusammenhang die Benützung von Massenbeförderungsmitteln (§ 3). § 2 Z 5 erlaubt das Betreten öffentlicher Orte im Freien gemeinsam mit Personen, die im gemeinsamen Haushalt leben, wobei gegenüber anderen ein Abstand von mindestens einem Meter eingehalten werden muss und Massenbeförderungsmittel nicht benützt werden dürfen. UE sind unter Berufung auf diese Bestimmung auch ausgedehnte Wanderungen zulässig, wenn man dafür keine öffentlichen Verkehrsmittel in Anspruch nimmt und zu Haushaltsfremden den angeordneten Abstand von einem Meter einhält.

46. Der Judikatur des EGMR<sup>20</sup> und des VfGH<sup>21</sup> zufolge beinhaltet die Bestimmung des Art 7 EMRK ein Klarheitsgebot. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber klar und unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen hat, wo er strafen will, so dass dem Einzelnen die Möglichkeit gegeben wird, sein Verhalten den Regeln entsprechend anzupassen. Eine Norm muss außerdem die Kriterien der Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit erfüllen, um als Gesetz iSd Art 7 EMRK zu gelten. Daher muss sie so klar formuliert sein, dass jeder Normunterworfenen – allenfalls nach sachkundiger Beratung – sich der Norm entsprechend verhalten kann.<sup>22</sup> Festzuhalten ist an dieser Stelle jedoch, dass in komplizierten Fällen wie den hier diskutierten selbst professionelle Rechtsberater oder zuständige Behörden unverständliche, widersprüchliche oder sogar falsche Schlüsse ziehen können. Dieser Bedeutungsgehalt von Art 7 EMRK ist auch aufgrund des teleologischen Zusammenhangs des Bestimmtheitsgebots mit dem Verbot rückwirkender strafrechtlicher Regelungen und dem Analogieverbot zu begrei-

<sup>19</sup>

Dementsprechend ist gemäß § 2 Z 12 BGBl II 96/2020 idF BGBl II 130/2020 das Betreten auch des Kundenbereichs von Tankstellen zulässig und vom Betriebsstättenbetretungsverbot ausdrücklich ausgenommen.

<sup>20</sup>

EGMR 25.5.1993, 14307/88, Kokkinakis/Griechenland.

<sup>21</sup>

VfGH 26.11.1987, V 81/87; 30.6.1988, B 1286/87; 27.6.2008, G 240/07; 6.3.2012, G 135/11; 22.2.2016, G 531/2015.

<sup>22</sup>

OGH 11.12.2013, 15 Os 52/12d.

fen, welche der Gesetzgeber ohne das Bestimmtheitsgebot jederzeit durch unklare bzw missverständliche Formulierungen und schwammige Gesetzesbegriffe unterlaufen könnte.<sup>23</sup>

47. Das auf Grund § 1 COVID-19-MaßnahmenG erlassene generelle Betretungsverbot BGBl II 96/2020 von Betriebsstätten ist besser gelungen. Das in § 3 der Verordnung geregelte generelle Betretungsverbot von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe steht im Einklang mit § 1 COVID-MaßnahmenG, wenngleich das Gesetz wegen der Gleichbehandlung nicht betroffener Gebiete im Waldviertel mit Hotspots in Tiroler Wintersportorten verfassungswidrig sein dürfte. Aus der Verordnung geht uE hervor, dass ein generelles Verbot nicht erforderlich gewesen wäre. So zeigt sich, dass ein Betretungsverbot lediglich hinsichtlich des Kundenbereichs von Betriebsstätten sinnvoll ist, da außerhalb eines Parteienverkehrs die Eindämmung der Ansteckungsgefahr dem Inhaber der Betriebsanlage oder dem Unternehmer selbst überlassen werden kann. Wieder wird ein weiterer Mangel des COVID-19-MaßnahmenG offenbar. Schon aus Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitserwägungen hätte das Gesetz die Verbotskompetenz des Bundesministers auf den Kundenbereich von Unternehmen beschränken sollen. Zudem ist nicht erfindlich, warum das Betretungsverbot auch den Inhaber selbst betreffen soll. Ohne dieses Verbot könnte etwa der Unternehmer einen Rampenverkauf anbieten und an seine Kunden Zeitfenster zur Abholung seiner Ware vergeben. Immerhin ist selbst das Betreten des Kundenbereichs in 21 genannten Branchen nach § 2 BGBl II 96/2020 zulässig. Diese Branchen sind für die Aufrechterhaltung des täglichen Lebens so wichtig, dass dem Bundesminister von Gesetzes wegen diesbezüglich gar keine Verordnungskompetenz zur Schließung hätte eingeräumt werden sollen. Damit legt der Bundesminister das Grundproblem des Gesetzes offen: Die fehlende Verhältnismäßigkeit. Immerhin hat damit der Bundesminister geschafft, was dem Gesetzgeber zugemutet werden kann, nämlich die Definition der lebenswichtigen Branchen, die für das Funktionieren des täglichen Lebens unentbehrlich sind. Es sind diese insb die Gesund-

<sup>23</sup>

Salimi, Das neue gerichtliche Umweltstrafrecht – eine verfassungsrechtliche Gratwanderung, RdU 2017, 48.



heits- und Pflegedienstleistungen, Dienstleitungen im Zusammenhang mit der Rechtspflege, Abfallentsorgungsbetriebe, der öffentliche Verkehr sowie der Lebensmittelhandel sowie Notfall-Dienstleistungen, Agrarhandel und Tankstellen. Wenigstens diese hätte der Gesetzgeber im Gesetz als für die Aufrechterhaltung des täglichen Lebens für so wichtig bezeichnen sollen, dass diesbezüglich für den Bundesminister gar kein Raum für die Erlassung von Betretungsverboten bleibt.

## **2) Zum Spannungsverhältnis zu Art 2 Abs 3 2. ZPMRK**

48. Nach Art 2 Abs 3 Art 2 B-VG muss die Einschränkung der Freizügigkeit gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft unter anderem zur Aufrechterhaltung des Schutzes der Gesundheit notwendig sein.
49. Es besteht wohl kein Zweifel darüber, dass die vom Gesetzgeber aufgrund der COVID-19-Pandemie geregelte Einschränkung der Freizügigkeit zur Aufrechterhaltung des Schutzes der Gesundheit notwendig ist. Nach herrschender Ansicht muss der Eingriff aber räumlich begrenzt sein, die Einschränkung muss sich auf bestimmte Gebiete beschränken und jedenfalls verhältnismäßig sein. Der EGMR stellt bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich der Freizügigkeitsbeschränkung ab.<sup>24</sup>
50. § 1 und 2 COVID-19-MaßnahmenG sehen – anders als etwa § 22 EpidemieG – eine gesetzliche Beschränkung des sachlichen und örtlichen Geltungsbereichs der auf diesen Bestimmungen beruhenden Verordnungen ebensowenig vor wie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der zeitliche Geltungsbereich ist zwar mit Ablauf des 31.12.2020 befristet. Diese lange Frist reicht aber nicht aus, um den Eingriff auch in zeitlicher Hinsicht zu rechtfertigen. Denn bis zu diesem Zeitpunkt dürfte die finanzielle Leistungsfähigkeit der betroffenen Unternehmer dahin sein. Es fehlt die gesetzliche Anordnung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nach eindeutigen Parametern, insb die Abwägung des Interesses der Allgemeinheit an einem wirksamen Gesundheitssystem auch während der Pandemie einerseits gegen das Interesse des Unternehmers, aus seinem Unternehmen derart Früchte zu ziehen, um ohne Zuhilfenahme öffentlicher Mit-

<sup>24</sup> Vgl EGMR 22.2.1995, Nr. 22828/93.

tel selbst leben und seine Arbeitnehmer angemessen entlohnen zu können andererseits.

51. Somit erweisen sich auch die Bestimmungen uE §§ 1f COVID-19-MaßnahmenG als verfassungswidrig. Dies heißt nicht weniger, als dass alle auf dem Gesetz ergangenen Straferkenntnisse und Strafverfügungen angefochten werden sollten.

### **3) Zum Verhältnis von COVID-19-Maßnahmengesetz und EpidemieG 1950**

52. Als legislativer Putsch muss § 4 COVID-19-Maßnahmengesetz bezeichnet werden. So gelangen gemäß § 4 Abs 2 die Bestimmungen des Epidemiegesetzes 1950, BGBl 186/1950 betreffend die Schließung von Betriebsstätten nicht zur Anwendung, wenn der Bundesminister Betretungsverbote nach § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz erlassen hat. Doch kennt das Epidemiegesetz 1950 nur eine einzige Bestimmung über die Schließung von Betriebsstätten, nämlich § 20 Abs 3 Epidemiegesetz 1950. Dort steht, dass die Schließung einer Betriebsstätte erst dann verfügt werden darf, wenn ganz außerordentliche Gefahren sie nötig erscheinen lassen. Das heißt jedoch, dass der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz auch bei der Erlassung einer Verordnung nach § 1 COVID-19 Maßnahmengesetz die §§ 20 Abs 1 und 2 Epidemiegesetz 1950 beachten muss, um eine Gesetzeswidrigkeit einer Verordnung nach § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz nicht zu begründen. Eine andere Interpretation ist nicht möglich, weil sonst die Wortfolge „betreffend die Schließung von Betriebsstätten“ in § 4 Abs 2 COVID-19-Maßnahmengesetz keinen Sinn hätte. Letzteres dürfte der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz übersehen haben, als er die Verordnung betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19, BGBl II 96/2020 idF BGBl II 130/2020 erlassen hat. Denn diese Verordnung enthält ein generelles Betretungsverbot von Betriebsstätten der Gastronomie sowie ein generelles Betretungsverbot des Kundenbereichs des Handels. Von letzterem bestehen in § 2 der Verordnung zwar 21 Ausnahmen. § 20 Abs 1 und 2 Epidemiegesetz 1950 wird aber nicht eingehalten. Denn nirgendwo in der Verordnung werden Betriebsstätten bezeichnet, von denen eine be-

sondere Gefahr ausgeht. Auch die nach § 20 Abs 1 Epidemiegesetz bestimmt zu bezeichnenden Gebiete fehlen.

53. Auch deshalb ist die Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, BGBl II 96/2020 idF BGBl II 130/2020 uE gesetzwidrig.
54. Dass die Verhinderung der Ausbreitung von COVID-19 allein auf Basis des Epidemiegesetzes 1950 möglich ist, dürfte uE der Bezirkshauptmann von Spittal/Drau gezeigt haben. Denn dank seiner raschen Maßnahme konnte er – anders als das im Wirkungsbereich der für Ischgl und St. Anton am Arlberg zuständigen Bezirkshauptmannschaft Landeck der Fall war – eine Ausbreitung von COVID-19 auf Kärnten verhindern.

#### **4) Zum Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz**

55. Das Grundproblem mit dem Gleichheitsgrundsatz besteht uE schon im Ziel „Verhinderung der Verbreitung von COVID-19“. Das Verhindern der Verbreitung kann – wie Lepsius zutreffend aufgezeigt hat– ähnlich wie das Vermeiden von Ansteckungen nicht das Ziel des Grundrechtseingriffs sein, sondern bloß Mittel zur Steuerung.<sup>25</sup> Ein verfassungskonformes Ziel könnte etwa sein, das Gesundheitssystem nicht zu überlasten, also die Aufrechterhaltung der erforderlichen Kapazitäten an Intensivbetten, Beatmungsgeräten und „einfachen“ Betten, mit anderen Worten eine sachgerechte Steuerung des Pandemieverlaufs. Da der Gesetzgeber somit das Zweck und die Mittel verwechselt und zum Ziel erhoben hat, was in einer demokratischen Gesellschaft idealerweise bloß Nebeneffekt sein kann, ist schon die Wortfolge „Verhinderung der Verbreitung von COVID-19“ grund- und verfassungsrechtlich nicht fassbar und daher unsachlich. Verfassungsmäßig einwandfrei wäre uE mit Lepsius das Ziel der Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems. Völlig unverständlich ist, wieso die Interessen der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung eines effizienten Gesundheitssystems einerseits und des Einzelnen an der Erwerbs-

<sup>25</sup>

Vgl Lepsius, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>.

ausübung und Beschäftigung andererseits nicht gegeneinander abgewogen werden müssen, sondern eine Verhältnismäßigkeitsprüfung gänzlich entfallen kann.

56. Der Gesetzgeber räumt dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz bei der Verordnungserlassung ein schrankenloses Ermessen hinsichtlich der vom Betretungsverbot betroffenen Orte, Zeiten und Branchen ein. Der Bundesminister dürfte Arztpraxen und Eisenhändler sowie Bordelle und Rechtsanwaltskanzleien gleich behandeln wie Kirchen oder Künstler ohne jeden Publikumsverkehr. Es ist daher auch unsachlich und gleichheitswidrig.
57. Während im Waldviertel mangels erreichter Fallzahl die Betriebsbeschränkungen und Ausgangssperre wohl nie verhältnismäßig waren, waren sie hingegen im Bezirk Landeck im Hinblick auf Art 2 Abs 3 Art 2 4. ZPMRK wahrscheinlich sogar geboten.

#### **5) Was könnte der Gesetzgeber nun machen?**

58. Anders als beim COVID-19-FondsG ist ein gesetzvertretendes oder gesetzänderndes Ordnungsrecht des Bundesministers kein gangbarer Weg, weil dadurch die von Art 2 4. ZPMRK geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht erreicht wird. Um zu einem verfassungsrechtlich einwandfreien Gesetz zu kommen, könnte sich der Gesetzgeber am Erkenntnis des VfGH in 20.171/2017<sup>26</sup> orientieren. In dieser Entscheidung erachtete der VfGH eine in der GewO enthaltene Verordnungsermächtigung zur Regelung einer Marktordnung angesichts der in § 293 GewO gesetzlich niedergelegten Ziele und Zwecke für zulässig. Entscheidend war auch, dass der Gesetzgeber dem Ordnungsgeber nur einen Spielraum im Hinblick auf die unterschiedlichen örtlichen Verhältnisse und Gegebenheiten einräumte, aber keine schrankenlose Ausübung, wann, wo und warum Waren am Markt verkauft werden dürfen, einräumte. Dem Gesetzgeber ist jetzt zumutbar, vom Ordnungsgeber zu erreichende Ziele zu verlangen und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in räumlicher und zeitlicher Hinsicht gesetzlich anzuordnen. Wie oben erwähnt, könn-

<sup>26</sup>

Vgl VfGH 21.6.2017, G329/2016, V63/2016.

te Ziel sein, den sogenannten Replikationsfaktor,<sup>27</sup> also die Anzahl von Personen, die eine infizierte Person im Durchschnitt ansteckt, bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung eines effizienten Gesundheitssystems dauerhaft unter 1,07 abzusinken. Zudem könnte jede die in §§ 1f COVID-19-MaßnahmenG vorgesehenen Verordnungsrechte gesetzlich maximal auf zwei Wochen lang befristet und eine Prüfungskompetenz eines Sachverständigenrats vorgesehen werden, inwiefern die Beschränkungen der Freizügigkeit zum Schutz der Gesundheit noch erforderlich sind. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber auch diesen Fehler repariert.

### **(b) Zur Gesichtsmaskenpflicht**

59. Seit einigen Tagen heißt es, es gelte in Österreich seit 6.4.2020 die Pflicht, beim Einkaufen im Lebensmittel- und Drogeriehandel eine Gesichtsmaske zu tragen. Supermärkte, Drogerien und Drogeriemärkte, deren Kundenbereich 400 m<sup>2</sup> unterschreitet, haben abweichend davon „die allgemeinen Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus (COVID-19), wie z.B. regelmäßiges gründliches Reinigen der Hände der Mitarbeiter mit Seife oder einem Desinfektionsmittel, Halten eines Abstandes von mindestens einem Meter und Einhaltung von Atemhygiene der Mitarbeiter sicherzustellen.“<sup>28</sup> Als Begründung wird regelmäßig auf den Erlass des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vom 31.3.2020, 2020-0.210.637 verwiesen, der von den Super- und Drogeriemärkten im Wege des Hausrechts durchgesetzt würde.
60. Die Gesichtsmaskenpflicht wird als zusätzliche Hygieneregeln dargestellt.
61. Im Erlass selbst heißt es, dass die zusätzlichen Hygieneregeln unverzüglich, spätestens jedoch mit 6.4.2020 umzusetzen seien. Der Erlass endet mit folgendem Schlusssatz:

<sup>27</sup> Vgl. Beiglböck/Grohs/Hermission/Nordbog/Schachermayer, Stellungnahme zur COVID19 Krise, 1f.

<sup>28</sup> Vgl. Erlass des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vom 31.3.2020, 2010-0.210.637, 2, abrufbar unter: <https://news.wko.at/news/niederoesterreich/Erlass-Hygieneregeln-fuer-den-Einzelhandel.pdf>.

„Es wird gebeten, diesen Erlass an die mit der Vollziehung des LMSVG betrauten Behörden und den Gesundheitsbehörden im jeweiligen Vollzugsbereich weiterzuleiten und dessen Einhaltung zu überwachen.“

62. Bei „Erlässen“ handelt es sich um generelle Weisungen, die sich an nachgeordnete Verwaltungsorgane richten. Sie sind nicht außenwirksam, entfalten also keine Rechtswirksamkeit für Dritte und müssen ihnen gegenüber auch nicht bekanntgemacht werden. Der VfGH bezeichnet Erlässe auch Verwaltungsverordnungen. Mangels Rechtswirkungen für die Allgemeinheit können Erlässe nicht in die Rechtssphäre der Rechtsunterworfenen eingreifen.<sup>29</sup> Umgekehrt können jedoch auch verbindliche Äußerungen der Behörde, auch wenn sie formell nur an die unterstellten Behörden adressiert sind, als Rechtsverordnungen anzusehen sein, wenn sie der Sache nach die Rechtssphäre eines unbestimmten Kreises an Betroffenen gestaltet.<sup>30</sup>
63. Wenn jedoch eine Rechtsverordnung vorliegt, so hebt diese der VfGH schon mangels gehöriger Kundmachung als gesetzwidrig auf.
64. UE kann auch im vorliegenden Fall kein Zweifel daran bestehen, dass sich die Gesichtsmaskenpflicht an Lebensmittelhändler richtet. Diese sollen verpflichtet werden, ihre Kunden und Mitarbeiter vor einer Virusinfektion geschützt werden.
65. Da somit der Erlass des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vom 31.3.2020, 2020-0.210.637 inhaltlich eine Rechtsverordnung ist, diese aber nicht gehörig kundgemacht worden ist, sollte sie von einem betroffenen Lebensmittelhändler im Wege eines direkt an den VfGH gerichteten Individualantrages angefochten werden.

---

<sup>29</sup>

So etwa VfGH 10.12.1993, G167/92; V75/92; V76/92; V77/92; V78/92 = VfSlg 13.635/1993.

<sup>30</sup>

Vgl insb VfGH 8.6.2006, V4/06 = VfSlg 17.849/2006; vgl auch VfGH 11.3.1993, V98/92; V99/92; V100/92; V101/92; V102/92; V103/92 = VfSlg 13.331/1993; VfGH 9.12.1993, V59/93; V60/93 = VfSlg 13.632/1993; VfGH 16.6.1998, V6/98; V7/98; V8/98 = VfSlg 15.189, vgl auch Grabenwarter/Holoubek, aaO Rz 960.

66. Besonders bedenklich finden wir, dass der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durchzusetzen versucht, wozu ihm das Gesetz keine Kompetenz einräumt. So ist derzeit weder im Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG) noch in der COVID-19-Anlassgesetzgebung eine Rechtsgrundlage ersichtlich, welche dem Bundesminister die Erlassung einer Gesichtsmaskenpflicht ermöglichen würde. Zwar räumt die Verordnungsermächtigung des § 7 LMSVG dem Bundesminister ausdrücklich ein, Ausnahmen von Vorschriften dieses Bundesgesetzes und der darauf beruhenden Verordnungen zu erlassen, wenn die lebensnotwendige Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln ernstlich gefährdet ist. Gegenwärtig ist das aber gewiss nicht der Fall. Abgesehen davon ist die Einführung der Gesichtsmaskenpflicht keine Ausnahme vom LMSVG, sondern eine zusätzliche Pflicht.
67. Somit war die unter dem Deckmantel des Erlasses eingeführte Gesichtsmaskenpflicht auch willkürlich, weil ohne gesetzliche Grundlage erlassen. Zudem dürfte die Maskenpflicht § 7 LMSVG widersprechen, der ein Einschreiten des Bundesministers mit Verordnung nur dann erlaubt, wenn die lebensnotwendige Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln ernstlich gefährdet ist. Damit eine Gesichtsmaskenpflicht rechtlich einwandfrei in Österreich eingeführt werden kann, müsste uE dafür eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Nicht zuletzt deshalb ist es sehr problematisch, dass der Bundesminister seine Rechtsverordnung nicht durch Behörden durchsetzen will, sondern durch Angehörige des Sicherheitsgewerbes gemäß § 94 Z 62 GewO auf Auftrag und Rechnung der Lebensmittelhändler. Gegen deren Handeln hat der Rechtsunterworfenen keine öffentlich-rechtliche Beschwerdemöglichkeit, weil die privaten Bewacher lediglich das Hausrecht der Lebensmittelhändler durchsetzen, aber nicht mit Hoheitsgewalt ausgestattet sind. Da sich die Gesichtsmaskenpflicht ausschließlich an die Inhaber von Drogerien/Drogeriemärkten und Lebensmittelhändler richten, können die Verordnung auch nur diese, nicht aber die wenigstens mittelbar betroffenen Kunden bekämpfen.
68. Begrüßenswert ist aber, dass der Gesetzgeber sein Versehen erkannt und nun im letzten Satz des § 1 COVID-MaßnahmenG eine Verordnungsermächtigung

vorgesehen hat, der nun der Gesichtsmaskenpflicht eine gesetzliche Grundlage gibt. Diese Änderung stimmt uns zuversichtlich, dass der Gesetzgeber nun die von vielen Seiten geäußerte Kritik ernst nimmt und die Anlassgesetzgebung eher früher als später aufhebt.

### **(c) Zu Corona-Apps und dem Grundrecht auf Datenschutz**

69. Großes Aufsehen erregt hat die Diskussion um eine verpflichtende Anwendung einer Corona-App auf einem Smartphone. Bußjäger/Gamper haben bereits die grundlegenden Problemkreise thematisiert.<sup>31</sup> An dieser Stelle soll daher nur skizziert werden, unter welchen Voraussetzungen eine „Corona-App“ verfassungsrechtlich einwandfrei umgesetzt werden könnte.
70. Nach der Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 2 DSG sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung personenbezogener Daten nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig, wenn die Verwendung der Daten nicht im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung erfolgt. Im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen ist die Verwendung von Daten über COVID-19 grundsätzlich nicht, da die Virusinfektion nur in Ausnahmefällen tödlich ist. Ein Eingriff staatlicher Behörden ins Grundrecht auf Datenschutz ist gemäß § 1 Abs 2 DSG nur auf Grund von Gesetzen zulässig, die aus den in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Gründen notwendig sind. Letztgenannte Bestimmung kennt den Eingriffsgrund „zum Schutz der Gesundheit“. Besonderes Augenmerk verdienen die letzten beiden Sätze des § 1 Abs 2 DSG: Ins Grundrecht auf Datenschutz eingreifende Gesetze dürfen besonders schutzwürdige Daten nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorsehen und müssen gleichzeitig angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festlegen. Auch zulässige Eingriffe dürfen nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden. An diesem letzten Satz von § 1 Abs 2 DSG dürfte eine Corona-Tracking-App per se scheitern. Denn unter Tracking wird die Erfassung von

<sup>31</sup>

Vgl Bußjäger/Gamper, Stellungnahme zur Verfassungskonformität einer verpflichtenden Tracking-App, <https://www.uibk.ac.at/oeffentliches-recht/mitglieder/gamper/stellungnahme-tracking-app.pdf>.



Standort- und Bewegungsdaten verstanden. Ob zwei Personen einander nahe genug gekommen sind, damit das Virus übertragen werden kann oder ob sie so weit voneinander entfernt waren, dass eine Virusinfektion ausgeschlossen werden kann, lässt sich wegen der Ungenauigkeit von GPS nicht sagen. Dies hätte eine Unmenge sogenannter false positives zur Folge.<sup>32</sup> Ähnliches gilt für die Bewegungsdaten. Äußerst problematisch an diesen Daten ist jedoch, dass sie durchaus de-anonymisierbar sind und für das Identifizieren aufgrund der Ungenauigkeit der GPS-Daten nicht geeignet sind. Somit sind auch Bewegungsdaten nicht das gelindeste zum Ziel führende Mittel.

71. Mit Neumann müssen lediglich Kontaktdaten erfasst werden, um mit Hilfe einer App Virusinfektionen erfassen zu können. Es ist jedoch uninteressant, wo sich eine Person aufgehalten hat, wenn sie sich mit dem Virus infiziert hat.
72. Auch eine zentrale Datenerfassung ist nicht erforderlich, um zum Ziel zu gelangen, die relevanten Kontakte einer infizierten Person ausfindig zu machen. Es reicht aus, dass jede Person die Daten für sich selbst sammelt und diese nicht automatisch weitergegeben werden, also dezentral am Smartphone jedes Einzelnen gespeichert werden, wobei die Daten jedoch nicht geeignet sind zur Deanonymisierung anderer oder zur Deanonymisierung der Person selbst.
73. Um diese Kontaktdaten zu identifizieren, reicht der sogenannte Bluetooth Low Energy Beacon (ohne sogenanntes Pairing) aus. Ein Smartphone kann anhand der Signalstärke den Abstand zu anderen Smartphones schätzen. Ist der Abstand gering genug, speichert das Smartphone diesen Code. Da sich dieser bald wieder ändern wird, erfasst das Smartphone nicht personenbezogene Daten der anderen Person. Wird ein App-User als infiziert diagnostiziert, veröffentlicht er selbst an zentraler Stelle alle Codes von den Personen, zu denen Kontakt in geringem Abstand war. Alle anderen Nutzer der App laden ebenfalls die veröffentlichten als „infiziert“ markierten Codes herunter, die aber nur Informationswert für Nutzer haben, zu denen Kontakt bestand.

---

<sup>32</sup>

Vgl. hierzu insb. „Corona-Apps“: Sinn und Unsinn von Tracking, <https://linus-neumann.de/2020/03/corona-apps-sinn-und-unsinn-von-tracking/>.

74. Dennoch kann auch eine solche App nur freiwillig sein. Voraussetzung ist ja, dass sich die Person als „infiziert“ outet und andere Personen diese Informationen über die Infektionen regelmäßig herunterladen. Würde die Meldung der Infektion und das Herunterladen der Infektionen automatisch erfolgen, würde wohl eine verdeckte Überwachung vorliegen. Eine solche Überwachung darf nach G72/2019 aber nur erfolgen, wenn sie zur Verfolgung und Aufklärung von Straftaten dient, die im Einzelfall eine gravierende Bedrohung der in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Ziele darstellen und einen solchen schwerwiegenden Eingriff rechtfertigen.<sup>33</sup>
75. Ebensovienig wäre es gerechtfertigt, Personen, welche die App nicht verwenden können oder wollen, ihre persönliche Freiheit zu entziehen. Letzteres darf nur dann erfolgen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass die betroffene Person eine Gefahrenquelle für die Ausbreitung ansteckender Krankheiten sei. Allein mit der Verweigerung der App kann dies uE nicht begründet werden. Betont werden muss an dieser Stelle aber, dass das PersFrBVG entgegen Bußjäger/Gamper nur die Entziehung der persönlichen Freiheit erfasst. Eine solche läge etwa bei der Verpflichtung zur Heimquarantäne bei Nichtverwendung der App vor. Eine bloße Beschränkung der Freizügigkeit wäre uE nach Art 2 4. ZPEMRK zu prüfen. Doch auch diese scheidet wohl an der fehlenden Verhältnismäßigkeit, da nicht ersichtlich ist, dass es zum Schutz der Gesundheit notwendig ist, sich oder andere als COVID-19 infiziert zu outen. Die verpflichtende Verwendung einer Corona-App würde jede Kontaktperson eines Infizierten gleichsam als infiziert brandmarken, gleichgültig ob es nun zu einer Infektion gekommen ist oder nicht, aber jene privilegieren, welche ihre Infektion – aus welchen Gründen immer – doch nicht mit anderen Usern teilen wollen. Abgesehen davon würde eine diffuse gesellschaftliche „Pflicht“ jeder Kontaktperson eines Infizierten entstehen, sich auch testen zu lassen. Letzteres kann jedoch uE nur dann gerechtfertigt werden, wenn allein ein mittels Bluetooth Low Energy Beacon erfasster Kontakt ein gewichtiger Anhaltspunkt für eine Infektion wäre. Dies ist jedoch bei einer Infektion mit COVID-19 nach den bisherigen Informationen zufolge nicht der Fall.

<sup>33</sup>

Vgl VfGH 11.12.2019, G72/2019 (G72-74/2019-48, G181-182/2019-18)

76. Ergebnis ist somit, dass eine dezentrale, anonymisierte und datensparsame und mithilfe von Bluetooth Low Energy Beacon betriebene App dann sinnvoll ist, wenn diese ausschließlich freiwillig ist, der Staat keinen Zugriff auf die Daten hat und niemandem aus der Verwendung der App rechtliche, wirtschaftliche oder auch nur gesellschaftliche Konsequenzen drohen können.

**(d) Wie ist auf die Krise reagiert worden?**

77. Gut ist, dass schnell reagiert worden ist und durch weitreichende Maßnahmen die weitere Verbreitung des Corona-Virus eingedämmt werden konnte. Der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz hat gut begonnen und die ersten Maßnahmen auf das Epidemiegesetz 1950, das im Wesentlichen aus dem Jahr 1913 stammt, gestützt. Unverständlich ist, dass anlassbezogen ein COVID-19-Maßnahmengesetz beschlossen wurde, das die strengeren Maßstäbe des Epidemiegesetzes aufgeweicht und dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz Superverordnungsrechte eingeräumt hat. Davon hat der Bundesminister zwar zum Teil in behutsamerer Weise Gebrauch gemacht als ihm dies vom Gesetz her möglich gewesen wäre. Trotzdem bleibt bedenklich, dass sich für die Grundversorgung notwendige Branchen wie etwa Ärzte, Rechtsanwälte oder auch Banken glücklich schätzen müssen, dass sie ihren Kundenbereich nicht schließen müssen. Bedenklich ist auch, dass das 1. COVID-19-MaßnahmenG dem Bundesminister zwar das Recht einräumt, bestimmte Orte mit einem Betretungsverbot zu belegen, dieser dann aber pauschal das Betreten aller öffentlicher Orte verbietet und davon lediglich aus fünf Gründen Ausnahmen vorsieht.
78. Bereits vor Inkrafttreten des COVID-19-Maßnahmengesetzes hätte die Bezirksverwaltungsbehörde für die Bewohner vom Epidemiegebieten Verkehrsbeschränkungen verfügen können, soweit dies im Hinblick auf Art und Umfang des Auftretens einer meldepflichtigen Erkrankung zum Schutz vor deren Weiterverbreitung unbedingt erforderlich ist.
79. Da das Epidemiegesetz nicht regelt, unter welchen Voraussetzungen ein Epidemiegebiet vorliegt, hätte der Bundesminister per Erlass an alle Bezirksverwaltungsbehörden in einem ersten Schritt ganz Österreich zum Epidemiege-

biet erklären und Ausgangsbeschränkungen im unbedingt erforderlichen Ausmaß anweisen können.

80. Zudem hätte jeder Bezirk angewiesen werden sollen, mit Hilfe von 2000 freiwilligen Probanden die tatsächliche Durchseuchung festzustellen. Dann hätten wir herausgefunden, bei welchen Bezirken es sich um ein Epidemiegebiet iSv § 24 Epidemiegesetz 1950 handelt. Ergebnis wäre wohl gewesen, dass viele österreichische Bezirke auf längere Dauer zu Epidemiegebieten erklärt worden wären, einige aber auch nicht. So hätte sich vielleicht verhindern lassen, dass die Bezirke Ried im Innkreis, Gmunden und Kirchdorf an der Krems in Oberösterreich, die Bezirke Gmünd, Gänserndorf und Wiener Neustadt Land in Niederösterreich, die Bezirke Murau, Murtal, Leoben, Deutschlandsberg und Südoststeiermark in der Steiermark, die Bezirke Eisenstadt Umgebung, Oberpullendorf und Jennersdorf im Burgenland sowie die Bezirke Spittal an der Drau, Hermagor, Villach Stadt, Feldkirchen, Klagenfurt Stadt und Land von Ausgangsbeschränkungen oder Betriebsstättenschließungen betroffen gewesen wären. Denn dort sind die Fallzahlen der mit dem Corona-Virus infizierten Personen sehr gering. Da diese Bezirke nicht gerade zu struktur- und einkommensstärksten in Österreich gehören, hätten sich die wirtschaftlichen Auswirkungen in diesen Bezirken begrenzen lassen, ohne dass dies nennenswerte Auswirkungen auf die Fallzahlen gehabt hätte.
81. Auch Betriebsbeschränkungen oder Schließungen gewerblicher Unternehmen hätten sich auf der Grundlage von § 20 Epidemiegesetz 1950 rechtsstaatlich viel sauberer bewältigen lassen als durch die Anlassgesetzgebung des COVID-19-Maßnahmengesetz. So ermöglicht § 20 Abs 1 Epidemiegesetz 1950 die Schließung von Unternehmen bestimmter Gebiete, wenn und insoweit nach den im Betriebe bestehenden Verhältnissen die Aufrechterhaltung desselben eine dringende und schwere Gefährdung der Betriebsangestellten selbst sowie der Öffentlichkeit überhaupt durch die Weiterverbreitung der Krankheit begründen würde. Nach dieser Bestimmung hätte sich der Bundesminister überlegen müssen, welche Gebiete eine besondere Gefahr für die Ausbreitung von COVID-19 sind und sich für jede Branche überlegen müssen, welche Gefahr von den jeweiligen Betrieben ausgehen und welche Gefah-

ren für die Betriebe und deren Mitarbeiter bestehen. Dies hätte bereits Ende Februar oder Anfang März geschehen können. Auf Basis der Informationen hätte dann für jeden Bezirk eine eigene Verordnung über Betriebsbeschränkungen oder Schließungen auf Grundlage des § 20 Epidemiegesetz 1950 kommen sollen.

82. Erhebliche juristische Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Covid-Anlassgesetzgebung bestehen insbesondere deshalb, weil die Gesetze dort, wo sie dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz Verordnungsrechte einräumen, keine Verhältnismäßigkeitsprüfung kennen. Zur „Verhinderung der Verbreitung von COVID-19“ soll alles zulässig sein. Natürlich ist positiv, dass der Bundesminister alles zur Eindämmung der Virusinfektion Menschenmögliche machen will. Doch handelt es sich dabei um eine Sisypheaufgabe, die grundsätzlich nicht Aufgabe des Gesetzgebers sein kann, weil sie von vorneherein nicht machbar ist. Wenn er aber nicht Machbares ins Gesetz schreibt, gibt er dem Verordnungsgeber weder eine praktisch taugliche noch rechtlich zulässige Schranke in die Hand. Der Gesetzgeber verlagert dann das Problem auf die Ebene des Verordnungsgebers, dem dann leichter die Orientierung fehlt. Damit ist aber diese im Gesetz vorgesehene Schranke zur Ausübung des Verordnungsrechts unverhältnismäßig. Der Gesetzgeber kommt aber in einem Rechtsstaat nicht umhin, dem Verordnungsgeber Grenzen zu setzen. Sieht er sich zeitweilig dazu nicht in der Lage, so muss er wenigstens Ziele definieren, sodass der VfGH prüfen kann, ob die Mittel tauglich sind, die vom Gesetzgeber formulierten Ziele zu erreichen.

**(e) Was bessere Schranken gewesen wären, um eine echte Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzusehen**

83. Besser wäre gewesen, realistische Ziele zu benennen und sie dann auch ins Gesetz zu schreiben. So könnte etwa Ziel sein, den sogenannten Replikationsfaktor,<sup>34</sup> also die Anzahl von Personen, die eine infizierte Person im Durchschnitt ansteckt, bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung eines effizienten Gesundheitssystems dauerhaft unter 1,07 abzusinken. So könnte schon der Ge-

---

<sup>34</sup> Vgl. Beiglböck/Grohs/Hermission/Nordbog/Schachermayer, Stellungnahme zur COVID19 Krise, 1f.

setzgeber vorgeben, jede auf §§ 1f COVID-19-MaßnahmenG basierende Verordnung maximal auf zwei Wochen lang befristet und eine Prüfungskompetenz eines Sachverständigenrats vorgesehen werden, inwiefern die Beschränkungen der Freizügigkeit zum Schutz der Gesundheit noch erforderlich sind. Dass der Verordnungsgeber die Maßnahmen von sich aus befristet hat, ist ohne Vorbehalt zu begrüßen. Es ändert aber nichts daran, dass die Rechtsgrundlage eine Befristung bis zum Jahresende ermöglicht hätte.

84. Wären diese Ziele der Allgemeinheit definiert, könnten sie mit den Zielen der Bevölkerung, sich frei von A nach B zu gehen verglichen werden und so abgewogen werden, ob die Einschränkungen wirklich noch erforderlich sind.

#### **(f) Fazit**

85. Österreich steht international gut da und hat schnell auf die Krise reagiert. Warum man aber eigene COVID-19-Maßnahmengesetze beschlossen hat, um der Krise zu begegnen, weiß nur die Bundesregierung selbst. Rechtlich sauberer hätte man ähnliche Ausgangsverbote auf Basis des Epidemiegesetzes erlassen können und dafür nicht das COVID-19-Maßnahmengesetz benötigt. Lediglich geringfügige Adaptierungen hätten genügt.
86. Auch die Betretungsverbote stehen auf dünnem Eis. Ohne dass dazu wirklich Anlass bestand, wurde das seit Jahrzehnten bewährte Epidemiegesetz 1950 für den Bereich öffentlicher Orte und für den Bereich der Gastronomie ohne Not einfachgesetzlich ausgehebelt. Hat sich dies vielleicht in den ersten Wochen der Krise als erforderlich erwiesen, kann das jetzt – nach Vorliegen valider Daten für jeden Bezirk – uE nicht gesagt werden. Der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz sollte sich jetzt auf die Einhaltung der Bestimmungen des Epidemiegesetzes konzentrieren und dafür sorgen, dass jeder Bezirkshauptmann für jeden Bezirk separate Ausgangs- und Betriebsbeschränkungen erlässt. Dies könnte und müsste dazu führen, dass Betriebe im Waldviertel oder dem Murtal früher öffnen dürfen als etwa in Ischgl oder Hartberg.