

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

E 4135/2020-7

8. Juni 2021

BESCHLUSS

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

in Anwesenheit der Vizepräsidentin
Dr. Verena MADNER

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,

Dr. Michael RAMI,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

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

in der Beschwerdesache des ***, ***, ***, vertreten durch Jarolim Partner Rechtsanwälte GmbH, Volksgartenstraße 3/2.OG, 1010 Wien, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 23. Oktober 2020, Z VGW-031/074/10720/2020-10, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung beschlossen:

- I. Gemäß Art. 139 Abs. 1 Z 2 B-VG wird die Gesetzmäßigkeit des § 3 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19, BGBl. II Nr. 96/2020, von Amts wegen geprüft.
- II. Das Beschwerdeverfahren wird nach Fällung der Entscheidung im Verordnungsprüfungsverfahren fortgesetzt werden.

Begründung

I. Sachverhalt, Beschwerde und Vorverfahren

1. Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 2. Juli 2020 wurde über den Beschwerdeführer wegen einer Verletzung der §§ 3 und 1 COVID-19-Maßnahmengesetz (COVID-19-MG) iVm § 3 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (iF: COVID-19-Maßnahmenverordnung-96) iVm § 9 Abs. 1 VStG eine Geldstrafe in Höhe von € 3.000,- (Ersatzfreiheitsstrafe 3 Tage) verhängt. 1
2. Mit Erkenntnis vom 23. Oktober 2020 gab das Verwaltungsgericht Wien der dagegen erhobenen Beschwerde insoweit Folge, als es die verhängte Geldstrafe auf € 1.450,- (Ersatzfreiheitsstrafe 1 Tag und 12 Stunden) herabsetzte. 2
- 2.1. Begründend führte das Verwaltungsgericht Wien auf das Wesentliche zusammengefasst aus, am 26. März 2020, um 13:00 Uhr, habe bei einem näher bezeichneten Geschäftslokal (Gastgewerbe in der Betriebsart Imbiss) eine polizeiliche Kontrolle in Bezug auf die Einhaltung der COVID-19-bedingten Maßnahmen stattgefunden. Die Polizisten hätten bei ihrer Kontrollfahrt eine Ansamm- 3

lung von etwa fünf Menschen vor dem Eingang dieses gastgewerblichen Betriebes wahrgenommen, welche auch bei der zweiten Kontrollfahrt noch dort gestanden seien. Im Eingang des Lokals sei ein breiter Tisch gestanden, der als Ladentisch verwendet worden sei. Der Beschwerdeführer und der damals zweite Geschäftsführer, beides Köche, seien im Geschäft gewesen und seien am 26. März 2020 Lebensmittel verkauft worden. Ein Lieferservice sei eingerichtet gewesen, Mitarbeiter hätten die über Telefon, Mail oder Facebook bestellten Gerichte geliefert. Um 13:00 Uhr dieses Tages seien im Eingangsbereich keine Mitarbeiter des Lieferservice gestanden. Seit 25. März 2020 sei über das "Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe" verfügt worden. Mit Schreiben der Landespolizeidirektion Wien, Einsatzstab Corona, vom 19. März 2020 sei auf Grund von entsprechenden Unklarheiten in der Praxis die Rechtsansicht des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (BMSGPK) mitgeteilt worden, wonach der Begriff "Kundenbereich" von Betriebsstätten nicht immer nur die Betriebsstätte selbst umfasse, sondern auch Drive Ins, Vorplätze von Imbissständen, Gastgärten o.ä., womit auch ein Durchreichen von Speisen durch ein Fenster oder eine Tür untersagt sei.

2.2. Im Rahmen der rechtlichen Begründung führte das Verwaltungsgericht Wien im Wesentlichen aus, das Betreten von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe sei gemäß § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 in der Zeit vom 17. März 2020 bis 13. April 2020 untersagt gewesen. Der Rechtsansicht des BMSGPK vom 19. März 2020 folgend umfasse der Kundenbereich von Betriebsstätten nicht nur die Betriebsstätte selbst, sondern auch die im Schreiben beispielhaft aufgezählten Orte (Drive Ins, Vorplätze von Imbissständen, Gastgärten etc.). Der Beschwerdeführer habe im Türbereich innerhalb des Lokals einen Tisch aufgestellt und von dort die Kunden bedient. Er sei sohin innerhalb der Betriebsstätte tätig gewesen und habe die vor dem Eingangsbereich wartenden Kunden bedient, indem er Waren über den Ladentisch an die Kunden gereicht habe. Ein Betreten der Betriebsstätte des Gastgewerbes sei für die Kunden sohin unumgänglich gewesen, um Waren entgegenzunehmen. Dass die Betriebsstätte einzig zur Ausübung des Lebensmittelhandels und nicht mehr des Gastgewerbes genutzt worden sei, sei nicht vorgelegen, da unbestritten ein Lieferservice eingerichtet gewesen sei.

4

2.3. Zur subjektiven Tatseite sei auszuführen, dass die Verordnungserlassung zu dieser Thematik dynamisch bis unüberschaubar gewesen sei und diverse Pressemitteilungen den Inhalt der Verordnung oftmals nicht wiedergegeben hätten oder dem Wortlaut der Norm hin und wieder entgegengestanden seien. Damit sei eine unklare Lage für die Betroffenen geschaffen worden und sei für diese ein Graubereich entstanden. Der Beschwerdeführer und seine Kommanditistin hätten sich um ein normgerechtes Verhalten bemüht, weswegen das Verschulden als nicht sehr schwerwiegend anzusehen sei.

5

3. Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende, auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde, in der die Verletzung in Rechten durch Anwendung einer verfassungs- bzw. gesetzwidrigen Verordnung, in eventu die Verletzung im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsausübung behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses beantragt wird.

6

3.1. Zur behaupteten Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung führt der Beschwerdeführer zusammengefasst aus, der Verfassungsgerichtshof habe in seinem Erkenntnis vom 1. Oktober 2020, V 405/2020, die im Wesentlichen gleichlautende Nachfolgebestimmung, § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 idF BGBl. II 130/2020, als gesetzwidrig aufgehoben. Im angeführten Erkenntnis sei der Inhalt des vom Bundesminister vorgelegten Verwaltungsaktes seit der Stammfassung der Verordnung referiert worden. Der Verfassungsgerichtshof sei zum Ergebnis gelangt, dass die Bestimmung des § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 idF BGBl. II 130/2020 den Vorgaben des § 1 COVID-19-MG schon deswegen nicht entspreche, weil die Entscheidungsgrundlagen, die im Verwaltungsakt zur COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 in der Stammfassung BGBl. II 96/2020 bzw. insbesondere zur Novelle BGBl. II 130/2020 dokumentiert seien, unzureichend seien, um den aus § 1 COVID-19-MG folgenden Anforderungen an die Dokumentation einer auf diese Gesetzesbestimmung gestützten Verordnung Rechnung zu tragen. Aus den [in der Beschwerde wörtlich wiedergegebenen] Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes zur Dokumentation im Verwaltungsakt zur Stammfassung der Verordnung gehe klar hervor, dass die Dokumentation zu § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 im Verwaltungsakt schon seit der Stammfassung unzureichend gewesen sei. Der Verordnungsgeber habe es unterlassen, im Rahmen des Verordnungserlassungs-

7

verfahrens den zeitlich und sachlich möglichen und zumutbaren Informationsstand über die relevanten Umstände, auf die das Gesetz maßgeblich abstelle, und die darauf basierende Interessenabwägung im Verwaltungsakt festzuhalten. Dieser Mangel bestehe sohin offensichtlich auch in Bezug auf die im gegenständlichen Fall maßgebliche Bestimmung des § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 idF BGBl. II 110/2020, weil es der Verordnungsgeber gänzlich unterlassen habe, jene Umstände, die ihn bei der Verordnungserlassung bestimmt haben, so festzuhalten, dass entsprechend nachvollziehbar sei, warum der Verordnungsgeber die mit dieser Regelung getroffenen Maßnahmen für erforderlich gehalten habe. Vor diesem Hintergrund erübrige sich nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes eine weitere Prüfung, ob die angefochtene Bestimmung auch aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig gewesen sei.

3.2. Die Bestimmung, auf welche sich das angefochtene Erkenntnis stütze, verstoße gegen die Erwerbsausübungsfreiheit. Ziel der Regelung sei die Verhinderung der Verbreitung von COVID-19. Zu diesem Zweck sollten längere Zeit andauernde Menschenansammlungen in Innenräumen vermieden werden. Das umfassende Verbot des Betretens von Betriebsstätten stelle in diesem Kontext nicht das gelindeste Mittel dar, zumal bei der Abholung von Speisen keine Menschenansammlungen in Innenräumen zu erwarten seien. Insbesondere stelle sich die Situation nicht anders dar, als wenn Speisen mittels Lieferservice zugestellt werden. Sofern die umfassende Beschränkung des Betretens von gastgewerblichen Betriebsstätten als verfassungskonform erachtet werde, wären analog zur Ausnahme für den Lieferservice im Sinne des Kriteriums der Erforderlichkeit weitere Ausnahmen, insbesondere für den Gassenverkauf, zu normieren gewesen. Die gewählte Maßnahme sei überschießend und bestehe insbesondere hinsichtlich der vorgenommenen Differenzierung zwischen Lieferservice und Gassenverkauf keine sachliche Rechtfertigung. Sofern der Verfassungsgerichtshof davon ausgehe, § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 sei per se nicht verfassungswidrig, stelle dessen Auslegung durch die "belangte Behörde" einen Verstoß gegen die Freiheit der Erwerbsbetätigung dar. Unter Berücksichtigung des Gesetzeswortlautes hätte die Bestimmung dahingehend ausgelegt werden müssen, dass ausschließlich das Betreten geschlossener Betriebsstätten untersagt sei und der Gassenverkauf schon dem Grunde nach nicht von § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 erfasst werde.

8

4. Das Verwaltungsgericht Wien hat die Verwaltungs- und Gerichtsakten vorgelegt. Gegenschriften wurden nicht erstattet. 9

II. Rechtslage

1. Der zur Gänze in Prüfung gezogene § 3 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19, BGBl. II 96/2020, lautete wie folgt: 10

"§ 3. (1) Das Betreten von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe ist untersagt.

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

1. Kranken- und Kuranstalten;
2. Pflegeanstalten und Seniorenheime;
3. Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung von Kindern und Jugendlichen einschließlich Schulen und Kindergärten;
4. Betrieben, wenn diese ausschließlich durch Betriebsangehörige genützt werden dürfen.

(3) Abs. 1 gilt nicht für Beherbergungsbetriebe, wenn in der Betriebsstätte Speisen und Getränke ausschließlich an Beherbergungsgäste verabreicht und ausgeschenkt werden.

(4) Abs. 1 gilt nicht für Campingplätze und öffentlichen Verkehrsmitteln, wenn dort Speisen und Getränke ausschließlich an Gäste des Campingplatzes bzw. öffentlicher Verkehrsmitteln verabreicht und ausgeschenkt werden.

(5) Abs. 1 gilt nicht für Lieferservice."

2. § 1 des Bundesgesetzes betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19, BGBl. I 12/2020, idF BGBl. I 16/2020 lautete wie folgt: 11

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

§ 1. Beim Auftreten von COVID-19 kann der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung das Betreten von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen oder Arbeitsorte im Sinne des § 2 Abs. 3 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz untersagen, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. In der Verordnung kann geregelt

werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit jene Betriebsstätten betreten werden dürfen, die vom Betretungsverbot ausgenommen sind."

III. Bedenken des Gerichtshofes

1. Bei Behandlung der Beschwerde sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Gesetzmäßigkeit des § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96, BGBl. II 96/2020, entstanden. 12

2. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass die Beschwerde zulässig ist, dass das Verwaltungsgericht Wien bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung die in Prüfung gezogene Bestimmung zumindest denkmöglich angewendet hat und dass auch der Verfassungsgerichtshof diese Bestimmung bei seiner Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden hätte. 13

3. Der Verfassungsgerichtshof hegt gegen die hiemit in Prüfung gezogene Bestimmung das Bedenken, dass diese gegen die gesetzlichen Vorgaben des § 1 COVID-19-MG verstößt: 14

3.1. Der Verfassungsgerichtshof hat mit seinem Erkenntnis vom 14. Juli 2020, V 411/2020, ausgesprochen, dass der Gesetzgeber mit § 1 COVID-19-MG [idF BGBl. I 23/2020] dem Ordnungsgeber (BMSGPK) einen Einschätzungs- und Prognosespielraum, ob und wie weit er zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 auch erhebliche Grundrechtsbeschränkungen für erforderlich hält, überträgt, womit der Ordnungsgeber seine Entscheidung als Ergebnis einer Abwägung mit den einschlägigen grundrechtlich geschützten Interessen der betroffenen Unternehmen, ihrer Arbeitnehmer und Kunden zu treffen hat. Der Ordnungsgeber muss also in Ansehung des Standes und der Ausbreitung von COVID-19 notwendig prognosehaft beurteilen, inwieweit in Aussicht genommene Betretungsverbote oder Betretungsbeschränkungen von Betriebsstätten zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geeignete (der Zielerreichung dienliche) erforderliche (gegenläufige Interessen weniger beschränkend und zugleich weniger effektiv nicht mögliche) und insgesamt angemessene (nicht hinnehmbare Grundrechtseinschränkungen ausschließende) Maßnahmen darstellen. 15

3.1.1. Der Einschätzungs- und Prognosespielraum des Verordnungsgebers umfasst insoweit auch die zeitliche Dimension dahingehend, dass ein schrittweises, nicht vollständig abschätzbare Auswirkungen beobachtendes und entsprechend wiederum durch neue Maßnahmen reagierendes Vorgehen von der gesetzlichen Ermächtigung des § 1 COVID-19-MG vorgesehen und auch gefordert ist. 16

3.1.2. Angesichts der damit inhaltlich weitreichenden Ermächtigung des Verordnungsgebers verpflichtet § 1 COVID-19-MG vor dem Hintergrund des Art. 18 Abs. 2 B-VG den Verordnungsgeber im einschlägigen Zusammenhang auch, die Wahrnehmung seines Entscheidungsspielraums im Lichte der gesetzlichen Zielsetzungen insoweit nachvollziehbar zu machen, als er im Verordnungserlassungsverfahren festhält, auf welcher Informationsbasis über die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände die Verordnungsentscheidung fußt und die gesetzlich vorgegebene Abwägungsentscheidung erfolgt ist. Die diesbezüglichen Anforderungen dürfen naturgemäß nicht überspannt werden, sie bestimmen sich maßgeblich danach, was in der konkreten Situation möglich und zumutbar ist. Auch in diesem Zusammenhang kommt dem Zeitfaktor entsprechende Bedeutung zu. 17

3.2. Mit Erkenntnis vom 9. März 2021, V 530/2020, hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass näher bezeichnete Wortfolgen in § 1 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 idF BGBl. II 96/2020 gesetzwidrig waren. Diese genügten den Vorgaben des § 1 COVID-19-MG nicht, weil die Entscheidungsgrundlagen, die im vom BMSGPK vorgelegten Verordnungsakt zur COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 in der Stammfassung BGBl. II 96/2020 dokumentiert sind, nicht ausreichen, um den aus § 1 COVID-19-MG folgenden Anforderungen an die Dokumentation einer auf diese Gesetzesbestimmung gestützten Verordnung im Hinblick auf § 1 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 Rechnung zu tragen. Die angefochtenen Wortfolgen in § 1 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 idF BGBl. II 96/2020 verstießen somit gegen § 1 COVID-19-MG, weil es der Verordnungsgeber gänzlich unterlassen hat, jene Umstände, die ihn bei der Verordnungserlassung bestimmt haben, so festzuhalten, dass entsprechend nachvollziehbar ist, warum der Verordnungsgeber die mit dieser Regelung getroffenen Maßnahmen für erforderlich gehalten hat. 18

3.3. Weiters hat der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 1. Oktober 2020, V 405/2020, zur weitgehend gleichlautenden "Nachfolgeregelung" der in Prüfung gezogenen Bestimmung ausgesprochen, dass § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 idF BGBl. II 130/2020 gesetzwidrig war. Auch diese Bestimmung verstieß gegen § 1 COVID-19-MG, weil es der Verordnungsgeber gänzlich unterlassen hat, jene Umstände, die ihn bei der Verordnungserlassung bestimmt haben, so festzuhalten, dass entsprechend nachvollziehbar ist, warum der Verordnungsgeber die mit dieser Regelung getroffenen Maßnahmen für erforderlich gehalten hat. 19

3.4. Vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und des vom BMSGPK in bisherigen Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof vorgelegten bzw. für maßgeblich erklärten Verwaltungsaktes betreffend das Zustandekommen der Stammfassung der COVID-19-Maßnahmenverordnung-96, BGBl. II 96/2020, geht der Verfassungsgerichtshof vorläufig davon aus, dass § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 idF BGBl. II 96/2020 den Vorgaben des § 1 COVID-19-MG nicht genügt und daher gesetzwidrig war. 20

IV. Ergebnis

1. Der Verfassungsgerichtshof hat daher beschlossen, § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96, BGBl. II 96/2020, von Amts wegen auf seine Gesetzmäßigkeit zu prüfen. 21

2. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und die dargelegten Bedenken zutreffen, wird im Verordnungsprüfungsverfahren zu klären sein. 22

3. Dies konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden. 23

Wien, am 8. Juni 2021

Der Präsident:

DDr. GRABENWARTER

Schriftführerin:
Mag. KREN, MA