

# Vom Gesetzesstaat zum Verordnungsstaat<sup>1</sup>

Alfred Noll

Es ist nicht nur ein Erfordernis der Darstellungsökonomie, sondern vor allem auch ein Gebot der Höflichkeit, Sie gleich anfangs davon in Kenntnis zu setzen, worüber ich nachfolgend *nicht* sprechen werde. Ich vermeide damit, bei Ihnen falsche Erwartungen zu erwecken und gebe gleichzeitig Auskunft darüber, wovon die nachfolgenden Bemerkungen ausgehen.

*Erstens:* Wir haben uns, wenn wir über Verfassungsfragen der Corona-Gesetzgebung diskutieren, nicht über Fragen des „Staatsnotstands“ zu unterhalten; anders gesagt: Die Art 18 Abs 3–5 und 97 Abs 3–4 B-VG sind ebenso wenig einschlägig wie Art 15 EMRK. Das „normale Funktionieren“ der Staatsmaschinerie ist nicht gefährdet. Zwar liegt in gewisser Weise eine Notstandssituation vor, welche die gesamte Bevölkerung betrifft, aber es ist doch nicht zu sehen, dass damit auch *per se* eine manifeste Bedrohung des organisierten Lebens der den Staat bilden Gemeinschaft einhergehen würde<sup>2</sup>. Einerlei wie wir die jetzige Krise einschätzen, wir sprechen dabei nicht über einen „Ausnahmestand“ im verfassungsrechtlichen Sinne<sup>3</sup>.

*Zweitens:* Unstrittig ist, dass es *an sich* Aufgabe und Verantwortung des Staates ist, die Bevölkerung vor Gefahren zu schützen. Aber die positive Verpflichtung des Staates, das Leben eines Menschen zu schützen (Art 2 EMRK), ist nicht absolut<sup>4</sup>. Es versteht sich, dass aufgrund begrenzter Ressourcen der Staat diese Verpflichtung nicht immer erfüllen kann, und dies bedeutet etwa, dass der Staat nicht unter allen Umständen alle denkbaren gesundheitspolitischen Maßnahmen bzw Vor-

---

1 Vortrag vom 20.10.2020 im Rahmen der von der Österreichischen Juristenkommission veranstalteten Herbsttagung „Verfassungsfragen der Corona-Gesetzgebung“ im Stadtsenatssitzungssaal des Wiener Rathauses.

2 Art 15 Abs 1 EMRK wird vom EGMR, *Lawless v Ireland* (No 3), 1.7.1961, Series A No 3, Abs 28 definiert als „an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organized life of the community of which the state is composed“; vgl dazu zusammenfassend *Polzin*, Der verrechtlichte Ausnahmezustand. Art 15 EMRK und die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *ZaöRV* 78 (2018), 635–669.

3 Vgl Art 20 StGG 1867 und das auf Grund dieses Artikels erlassene Gesetz vom 5.5.1869, RGBl Nr 66, die erst durch Art 149 Abs. 2 B-VG ausdrücklich außer Kraft gesetzt wurden; seitdem gilt in Österreich nur noch das (überaus eingeschränkte) Notverordnungsrecht des Bundespräsidenten gem Art 18 Abs 3–5 B-VG bzw der Landesregierungen gem Art 97 Abs 3–4 B-VG.

4 Der Präsident des Deutschen Bundestages, *Wolfgang Schäuble*, hat mit seinem Hinweis: „Wenn ich höre, alles andere habe vor dem Schutz von Leben zurückzutreten, dann muss ich sagen: Das ist in dieser Absolutheit nicht richtig. Grundrechte beschränken sich gegenseitig. Wenn es überhaupt einen absoluten Wert in unserem Grundgesetz gibt, dann ist das die Würde des Menschen. Die ist unantastbar. Aber sie schließt nicht aus, dass wir sterben müssen“ (hier zit nach <https://www.swr.de/swraktuell/schauble-wertediskussion-zu-corona-100.html>), zwar nichts anderes als eine Selbstverständlichkeit gesagt, aber dennoch für gehöriges öffentliches Aufsehen gesorgt.

kehrungen treffen muss<sup>5</sup>. Anders gesagt: Zwischen den Grundrechten gibt es keine lexikalische Rangordnung derart, dass ein Grundrecht sich ohne Einschränkung gegenüber allen anderen durchsetzen ließe. Zwar kommt dem Leben gewiss ein „höchstrangiger“ Wert zu, das bedeutet aber nicht, dass hinter dem Schutz von Leben und Gesundheit *prinzipiell* alles andere beliebig weit zurückzustehen hätte. Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht gilt: *Leben ist mehr als Überleben*.

*Drittens*: Auf den ersten Blick sehen wir, dass die seit Mitte März 2020 gesetzten Corona-Maßnahmen in eine ganze Reihe von Grundrechten eingreifen. Es gibt in der Zweiten Republik keinen Zeitpunkt, in dem die Rechte der Menschen derart intensiv und gleichzeitig umfangreich beschränkt wurden, wie dies durch die Corona-Maßnahmen erfolgt ist. Die Sache ist einmalig. Dass ein Eingriff in diese Grundrechte *an sich* zulässig ist, um die öffentliche Gesundheit aufrecht zu erhalten, ist wohl unstrittig – die zentrale Frage aber ist, *woher* wir die Maßstäbe beziehen, um diese Eingriffe jeweils als verfassungsrechtlich zulässig qualifizieren oder als unzulässig disqualifizieren zu können<sup>6</sup>. Meine These ist, dass es uns derartiger Maßstäbe prinzipiell ermangelt, und dass wir also trotz nachfolgender<sup>7</sup> elaborierter Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den VfGH in der Sache selbst bis auf weiteres nur mit jenen „Gewissheiten“ herumwerkeln werden, wie sie uns verschiedene landläufige Redewendungen seit jeher als Klugheitsregeln für den Lebensalltag anbieten, als da wären: „Not kennt kein Gebot“<sup>8</sup>, „Der Zweck heiligt die Mittel“<sup>9</sup> und „Man soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen“<sup>10</sup>.

- 5 Es sei bei dieser Gelegenheit daran erinnert, dass sich auch aus Art 12 des UN-Sozialpaktes 1966, BGBl Nr 1978/590, die völkerrechtliche Verpflichtung für Österreich ergibt, das Menschenrecht „eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit“ zu gewährleisten, worunter auch Maßnahmen zur Vorbeugung, Behandlung und Bekämpfung epidemischer Krankheiten gehören.
- 6 Das gilt natürlich nicht für jene Corona-Gesetzgebungsakte, die schon offenkundig verfassungsrechtliche Bedenken erwecken, wie – nur um ein Beispiel zu geben – in 3. COVID-19-Gesetz, BGBl I 2020/23, Art 23 § 1, womit der BM für Bildung, Wissenschaft und Forschung in etlichen Bereichen ermächtigt wird, vom UG abzuweichen, ohne dass das Ermächtigungsgesetz selbst dem BM vorgibt, ob und wie er abweichen soll (formalgesetzliche Delegation), wobei diese Befugnis an den BM und nicht an die autonome Universität delegiert wird, die nach Art 81c Abs 1 B-VG Satzungen im Rahmen des Gesetzes erlassen können.
- 7 In Österreich gibt es keine präventive Normenkontrolle, und der VfGH kann im Falle der direkten Anfechtung von bereits in Kraft getretenen Gesetzen oder Verordnungen auch nicht aussprechen, dass diese „einstweilen“ nicht anzuwenden wären; die Anfechtung von Verordnungen vor den Verwaltungsgerichten ist in Österreich nicht möglich (anders in Deutschland – vgl zur divergierenden Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte *Haneke*, Juristisches Durcheinander, „FAZ“, 17.10.2020, 2).
- 8 Die „Binsenweisheit“ stammt aus dem kanonischen Recht; vgl *Roumy*, *L'origine et la diffusion de l'adage canonique „Necessitas non habet legem“* (VIIIe-XIIIe s.), in: *W. P. Müller/M. E. Sommar* (eds), *Medieval Church Law and the Origins of the Western Legal Tradition: A Tribute to Kenneth Pennington* (2006) 301–319.
- 9 Diese Weisheit lässt sich aus Machiavellis „Discorsi“ (1531) herauslesen, wo er schreibt, dass ein weiser Mann niemals jemanden wegen einer ungewöhnlichen Tat tadeln wird, wenn sie dazu dient, ein Reich in Ordnung zu bringen oder eine Republik zu gründen; mag ihn auch die Tat anklagen, so wird ihn der Erfolg doch entschuldigen.
- 10 Eine Redewendung, die vermutlich vom österreichisch-ungarischen Politiker Graf *Gyula Andrassy* (1823–1890) geprägt wurde.

Wie lässt sich das staatliche Handeln in Corona-Zeiten beschreiben<sup>11</sup>?

I. Beim normalen Ablauf der Ereignisse setzt sich der Staat in Szene, um unser Wirtschafts- und Privatleben zu gewährleisten. Durch den sog Shutdown aber hat er es vielfältig zum Erliegen gebracht: Er hat zunächst den Handel und das Konsumieren, dann auch das Beherbergen und mitunter auch das Verlassen der eigenen Ortschaft in weiten Gebieten schlicht *verboten*. Der COVID-19-Staat ist der Würgeengel des „normalen Lebens“, indem er Produktion und Konsumtion über weite Strecken verhindert – und der Staat macht also exakt das Gegenteil von dem, wozu er geschaffen wurde. Die Freiheit, die er uns gewährleisten soll, schränkt er ein, um die allgemeine Gesundheit zu retten.

Die Sache hat Witz: Immer noch ist der Staat für die Schaffung und Aufrechterhaltung der allgemeinen Bedingungen des Wirtschaftens und des friedlichen Zusammenlebens zuständig. Er sieht sich jetzt aber konfrontiert mit einer Problemstruktur, der er schlechterdings nicht gewachsen ist. Die daraus resultierende Unfähigkeit mündet in der notwendigen Preisgabe jener prozesshaften Üblichkeiten, die wir als bürgerliche Gesetzmäßigkeit bezeichnen, weil sich der Gesetzgeber offenkundig in weiten Bereichen außerstande sieht, selbst inhaltlich-materielle Determinanten des Verwaltungshandelns festzuschreiben, die Festlegung des Inhalts vielmehr vermittels Verordnungsermächtigung weitgehend (aber immerhin zeitlich beschränkt<sup>12</sup>) der Exekutive überlässt bzw glaubt, überlassen zu müssen. Wo sich vordem der Staat unentwegt daran versuchen musste, die allgemeinen Bedingungen des Lebens zu sichern, da sieht er sich auf diese Weise fast bewusstlos und handlungsunfähig dem Jojo-Effekt seines eigenen Handelns ausgesetzt:

Schränkt er aus sanitär-epidemiologischen Gründen das Wirtschaften ein, muss er gleichzeitig Vorsorge dafür treffen, dass die Produktion und der Konsum allmählich wieder in Gang kommen; er muss dafür sorgen, dass nach und nach sich die Gangart beschleunigt, damit der industrielle Trab in Galopp übergeht, und dieser sich wieder bis zur zügellosen Karriere eines sog Wirtschaftsaufschwunges steigert. Jede Einzelmaßnahme in die eine Richtung, etwa Betretungsverbote, Homeoffice, Grenzschließungen, Quarantänebestimmungen, Absonderungsbescheide etc, konterkariert die Ziele, die von anderer Seite her erwünscht wären. Lässt der Staat umgekehrt Produktion, Konsumtion und Freizügigkeit in erweitertem Um-

11 Vgl dazu Noll, Corona-Krise: Der Verordnungsstaat, „Der Standard“, 25.3.2020, 23; ders, Fehlt verfassungsrechtliche Grundlage für Betretungsverbot? „Die Presse“, 30.3.2020, 13; ders., Das Gesetz des Notstands, „Falter“ Nr 16/2020, 38 f; ders, Freiheit im Staat in Corona Zeiten, in: N. Regitnig (Hrsg), Corona-Krise: was wir daraus lernen (2020) 120–130; ders, Ein Lob der Gesetzmäßigkeit, „Der Standard“, 24.7.2020, 23; ders, Husch-pfusch und Jo-jo, „Falter“ Nr. 32/2020, 6; ders, Seuchenzeit: Der Staat als „ideeller Gesamtkapitalist“, in: H. Hofbauer/St. Kraft (Hrsg), Lockdown 2020. Wie ein Virus benutzt wird, die Gesellschaft zu verändern (2020) 91–100; ders, The Hidden Exception State: Das Parlament im Verordnungsstaat – eine verschwindende Größe, in: Th. Schmidinger/J. Weidenholzer (Hrsg), Virenregime. Wie die Coronakrise unsere Welt verändert (2020) 133–142.

12 Vgl dazu eindringlich Jan-Werner Müller, Vorsicht vor viralen Ermächtigungsgesetzen. Notfallmaßnahmen dürfen nicht zur Dauereinrichtung werden, „Der Standard“, 11./12./13.4.2020, 43.

fang wieder zu, erhöht sich das Infektionsrisiko und führt dann wiederum zu Einschränkungen des sozialen und wirtschaftlichen Lebens.

Dem dadurch zugewachsenen „Doppelantlitz“ staatlichen Handelns – mit jeder gesundheitspolitisch begründeten Einschränkung muss *uno actu* eine wirtschaftspolitisch begründete Ausdehnung des sozialen und wirtschaftlichen Lebens erfolgen oder eine solche doch für absehbare Zeit in Aussicht gestellt werden – lässt sich unter den bestehenden politischen Bedingungen mit den Üblichkeiten hiesiger parlamentarischer Routinen nicht beikommen. Im Moment der pandemischen Krise verwandelt sich die Gesetzgebungsmaschine in eine ministerielle Verordnungsmaschine, deren Flexibilitätsanforderung aus der eben benannten Notwendigkeit resultiert, *immer das eine und das andere zugleich* machen zu müssen. Weil dies nun schlechterdings nicht möglich ist, wird das Publikum mit einem Stakkato von Pressekonferenzen, unentwegt novellierten Verordnungen, Richtlinien und Sonderregelungen für Einzelbereiche versorgt<sup>13</sup>, denen in Summe nur gemeinsam ist, dass sich bei ihrem Nachvollzug zeigt, dass die bürokratische Maschine der Doppelanforderung nur schwerlich gewachsen ist – weil es ein fixes Regelwerk für die Virusbekämpfung einfach nicht gibt: Man stolpert also von der einen Maßnahme in die nächste, wird gewahrt, dass sich täglich Unzulänglichkeiten zeigen, ändert, korrigiert, weitet aus, grenzt ein, relativiert und kündigt an etc. Weil man nicht weiß, was das Richtige ist, vermitteln diese Darbietungen dann den Eindruck, man wolle wenigstens ein gewisses Maß an Inkompetenzkompensationskompetenz<sup>14</sup> zur Schau stellen, anders gesagt: Hier wird dann öffentlich simuliert, dass sich Zuständigkeit, Fähigkeit und Bereitschaft in Deckung befinden.

Das Ergebnis ist von vehementer Ambivalenz: Just während der Suspendierung des Normalzustandes, der Suspendierung konventioneller Legalität, kommt es zur Rückkehr des starken Staates; die Zeit der administrativen Entsicherung steht unter einem sanitären Notwendigkeitsimperativ, dem argumentativ nicht mehr beizukommen ist, denn plötzlich stehen zwei Legitimitätsregime einander gegenüber: Setzen wir auf die Freiheit, blamieren wir unser Bedürfnis nach Gesundheit; setzen wir auf Sicherheit, wie sie uns von den durch medizinische Experten ins Hamsterrad des täglich neu zu justierenden politischen Handelns getriebenen Politiker versprochen wird, brüskieren wir die Idee der Freiheit.

---

13 Dass dies zu einer generellen Minderung des Vertrauens führt, hat jüngst Mayer, *Wie man das Vertrauen der Bürger verspielt*, „Der Standard“, 17./18.10.2020, 38, hervorgehoben. – Vgl auch Fister, *Kommunikation und Fehlkommunikation von Recht*. Am Beispiel des COVID-19-Rechts, *AnwBl* 2020, 552-554, und Matzka, „Man spürt einen dumpfen Widerstand“, „anwalt aktuell“ 3/2020, 10–12, hier 10: „*Wenn eine Regierung schon so intensiv mit Verordnungen arbeitet, die sehr konkret in Lebenssituationen eingreifen, dann muss man davon ausgehen, dass jedes Wort in den Ohren der Zuhörer auch als normativ aufgenommen wird und die Leute hier nicht einfach eine Pressekonferenz sehen, sondern die Kundmachung einer weiteren Verordnung. Daher braucht es eine besondere Sorgfalt und Zurückhaltung. Ein überschießendes Kommunizieren von Maßnahmen und Verordnungen muss man in so einer Situation einfach unterlassen.*“

14 Marquard, *Inkompetenzkompensationskompetenz?* (1973), in: *Zukunft braucht Herkunft*. Philosophische Essays (2015) 30–45.

Der bürokratische Akt der Normsetzung gleicht in diesem Stadium und bis auf weiteres eher der Ausstellung eines übergroßen ärztlichen Rezepts, als dass er etwas mit Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit zu tun hätte – und weil man lediglich versucht, sich an dem zu orientieren, was „nach den neusten Zahlen“ jeweils „notwendig“ scheint, spielen Gesetz und Verfassung auch keine besondere Rolle<sup>15</sup>. Virologen und Epidemiologen geben der Politik vor, was notwendig ist. Und kaum ist etwas derart als „notwendig“ erklärt, hat das Recht zu folgen. Die „exponentielle Steigerungskurve“ ist quasi zur Trumpfkarte auch im rechtlichen Bereich im Kampf gegen die Krise geworden. Zwar ist inzwischen für alle erkennbar, dass die tägliche Publikation der Ansteckungen (Zahl der Neuinfektionen auf 100.000 Einwohner) sich „zu einem leicht abstrusen Ritual entwickelt (hat)“<sup>16</sup>, aber man hält daran fest: Die Infektionsstatistik ist zum eigentlichen Gesetzgeber geworden – und wer je in unserem Land in der Nachfolge von *Hans Kelsen* gelernt hat, dass aus einem tatsächlichen Sein nicht auf ein rechtliches Sollen zu schließen sei, sieht sich reichlich düpiert.

Der von vielen mitunter bemerkte bürokratische Murks<sup>17</sup> ist deshalb auch nicht *per se* legistischem Unvermögen geschuldet. Der Verordnungspfusch resultiert *einerseits* aus den einander widersprechenden Anforderungen, denen die Bürokratie ausgesetzt ist; er resultiert aber *andererseits* daraus, dass wir es konsequent versäumen, klar anzugeben oder uns wenigstens darüber zu verständigen, worin überhaupt das Ziel der bisherigen Beschränkungen des sozialen Lebens liegen soll. Natürlich hören wir unentwegt, es gelte die Überlastung des Gesundheitssystem, also „italienische Zustände“ zu vermeiden – aber vor der eigentlich schwierigen Abwägungsfrage, die für eine derartige *politische* Zieldefinition erforderlich wäre, drücken wir uns: Wir weigern uns beharrlich darüber Rechenschaft abzugeben, welche Zahl von tödlichen Verläufen der Krankheit man im äußersten Fall für welche Gewinne auf der anderen Seite in Kauf zu nehmen bereit ist. Nur in Parenthese füge ich hinzu, dass unsere Gesellschaft solche Abwägungen (zumindest implizit) laufend vornimmt und sie für ihr Funktionieren voraussetzt – etwa im Fall des Straßenverkehrs, bei der Entscheidung für oder gegen strengere Umweltstandards, bei Ausmaß und Intensität der Kriminalprävention, bei der Beurteilung der postmortalen Organentnahme etc. Zwar kann man das Leben nicht mit anderen Werten und nicht einmal mit dem Leben anderer „verrechnen“, sehr

15 Natürlich legt man nominell Wert auf die Feststellung, dass alle Maßnahmen verfassungskonform zu sein hätten; aber das „Erforderliche“ und „Notwendige“ ergibt sich nicht aus von der Verfassung vorgegebenen Zielen und Werthaltungen, sondern aus den Infektionszahlen. Kennzeichnend dafür sind insbesondere die Äußerungen von BK *Kurz*, wonach „juristische Spitzfindigkeiten“ generell zurückzuweisen seien (<https://www.diepresse.com/5796917/kurz-weist-juristische-spitzfindigkeiten-zuruck>), und bis eine Überprüfung der Maßnahmen durch den VfGH stattgefunden habe, „werden sie nicht mehr in Kraft sein“ (<https://orf.at/stories/3161820/>).

16 So *Eric Gujer*, Mit dem Virus leben lernen, „NZZ – Internationale Ausgabe“, 17.10.2020, 1.

17 Vgl. *Stöger*, „Das hätte Kurz nicht sagen sollen“, „Die Zeit“ Nr. 30, 16.7.2020, 17: „...All das kann dazu führen, dass das Ergebnis nicht ganz optimal formuliert ist“.

# Die Corona-Gesetzgebung: Brauchbare Substanz in schlechter Form

Karl Stöger

## 1. Auf die Virenflut folgt die Normenflut

Die Corona-Gesetzgebung (und Verordnungen) der letzten Monate unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten<sup>1</sup> zu bewerten, ist kein leichtes Unterfangen. Dies beginnt schon mit einer wahren Normenflut: Sucht man – mit Stichtag Mitte Oktober 2020 – im RIS mit dem Stichwort COVID im BGBl I des Jahres 2020, so kommt man auf 44 Treffer, von denen 22 auf die durchnummerierten „COVID-Gesetze“ (stark überwiegend Sammelnovellen) entfallen. Bei den Verordnungen kommt man im selben Zeitraum auf 120 Treffer. Innerhalb dieser Normenflut fanden sich dann einige wenige Rechtsvorschriften, allen voran ein Gesetz und zwei Verordnungen (von denen eine ihre gesetzliche Grundlage erheblich überschritt und daher vom VfGH als gesetzwidrig erkannt wurde), die für sich die quantitativ (sowohl hinsichtlich der betroffenen Menschen- und Grundrechte) und qualitativ (hinsichtlich der Intensität des Eingriffs) umfassendsten Grundrechtseingriffe der Zweiten Republik mit sich brachten. Dementsprechend konzentrierten sich die meisten Diskussionen auf diese Rechtsakte. Sie werden auch in diesem Beitrag eine zentrale Rolle spielen, dennoch sollte man nicht übersehen, dass die COVID-Gesetzgebung weit über epidemierechtliche Anordnungen hinausgeht und zu großen Teilen auch Regelungen zur Aufrechterhaltung des sozialen und wirtschaftlichen Lebens (etwa mietrechtliche Bestimmungen<sup>2</sup>, arbeitsrechtliche Bestimmungen<sup>3</sup> und insb zahlreiche Förderungsregelungen) einerseits und zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der Gerichtsbarkeit<sup>4</sup>

---

1 Dieser Text legt den Schwerpunkt auf eine (nationale) verfassungsrechtliche Beurteilung. Für eine unionsrechtliche Einschätzung insb der Grenzschließungen im Zeitraum März/April 2020 vgl *Klaushofer/Kneihs/Palmstorfer/Winner*, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus, ZÖR Online first; doi.org/10.33196/zoer2020OF000101 (Stand 13.10.2020; Seitenzahlen nach der Online-Veröffentlichung zitiert) 14 ff.

2 Vgl nur *Kothbauer*, COVID-19 und Schutzpaket für Wohnungsmieter, *immolex* 2020, 167.

3 Vgl insb § 1155 Abs 3 und 4 ABGB idF des 2. COVID-19-Gesetzes BGBl I 2020/16.

4 Vgl zB im 2. COVID-19-Gesetz BGBl I 2020/16 den Art 16 (Bundesgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 im Verwaltungsverfahren, im Verfahren der Verwaltungsgerichte sowie im Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes) und den Art 21 (Bundesgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in der Justiz), die später noch weitere Novellierungen erfuhren. Aus der Lit dazu zB *Garber/Neumayr*, Zivilverfahren in der Krise: COVID-19 und die Auswirkungen auf zivilgerichtliche Verfahren, in *Resch* (Hrsg), *Corona-Handbuch*<sup>1,02</sup> (Stand 30.9.2020, rdb.at) Kap 13; *Greifeneder*, Auswirkungen der Corona-Gesetzgebung auf das verwaltungsbehördliche und verwaltungsgerichtliche Verfahren, in *Resch* (Hrsg), *Corona-Handbuch*<sup>1,02</sup> (Stand 30.9.2020, rdb.at) Kap 15.

und Verwaltung<sup>5</sup> andererseits enthält<sup>6</sup>. Und schließlich darf man nicht vergessen, dass COVID-19 lange bestehende Bestimmungen, etwa die Regelung über den Mietzinsentfall wegen „Seuche“ in § 1104 ABGB<sup>7</sup>, mit bisher unbekannter Brisanz ins Rampenlicht rückte. Auch die zuletzt genannten Regelungen weisen auf Grund der, wenn auch zwischen Privaten eintretenden, finanziellen Auswirkungen, Bezüge zum Eigentumsrecht oder der Erwerbsfreiheit auf und haben daher ebenfalls eine grundrechtliche Dimension.

Die verfassungsrechtliche Beurteilung der Corona-Gesetzgebung wird aber auch dadurch erschwert, dass die legistische Qualität der zentralen Regelungen nicht sehr hoch war – auf die Gründe wird noch zurückzukommen sein. Diese schlechte Qualität einerseits und insb die unglückliche Aussage des Bundeskanzlers, dass es sich bei offensichtlichen Auslegungsfragen um „juristische Spitzfindigkeiten“ handle, die auch deswegen nicht so bedeutsam seien, weil der VfGH ohnehin erst über die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen entscheiden würde, wenn diese nicht mehr in Kraft seien, andererseits haben nicht nur in Juristenkreisen zu verständlicher und in einem freiheitlichen Rechtsstaat auch wichtiger Kritik geführt. Wenn man als Adressat einer unklaren Rechtsvorschrift weder deren genaue Bedeutung versteht, noch, warum man (auf Grund unterschiedlicher Auslegungen durch die vollziehenden Behörden und ihre Hilfsorgane) bestraft wird, dann leidet die Akzeptanz der Maßnahmen und die gerade bei einschneidenden Maßnahmen so wichtige „Compliance aus Überzeugung“ findet nicht statt. Zugleich würde ich auch nicht ganz ausschließen, dass die Kombination aus unklaren Rechtsvorschriften und „sturer Verteidigung“ derselben durch politische Akteure die Bereitschaft einiger Gerichte gefördert hat, das COVID-19-Maßnahmengesetz (fortan: COVID-19-MG<sup>8</sup>) und die darauf gestützten „Betretungsverbots-V“ BGBl II 2020/96<sup>9</sup> und 2020/98<sup>10</sup> bzw die nachfolgende Lockerungsverordnung<sup>11</sup> besonders gründ-

---

5 Siehe etwa für das Verwaltungsverfahren die vorhergehende FN, für die Schulverwaltung etwa die Art 16 ff des 3. COVID-19-Gesetzes BGBl I 2020/23.

6 Vgl auch zu den wahlrechtlichen Herausforderungen von COVID-19 die Verschiebung der Gemeinderatswahl 2020 in der Stmk (§ 96b Gemeindevahlordnung 2009 i d F LGBL 2020/21 und dazu die V der LReg LGBL 2020/23). Vgl zum Ganzen *Stolzlechner*, Coronakrise und Gemeinden: Ein Virus auch für die Demokratie, KOMMUNAL 05/2020, 24.

7 ZB *Ehgartner/Weichbold*, COVID-19: Mietzinsminderung für Geschäftsräume? wbl 2020, 250; *Hochleitner*, Die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter. Ist die Rechtslage tatsächlich so eindeutig? ÖJZ 2020, 533; *Kronthaler*, Die Auswirkungen der Verbreitung von COVID-19 auf Miet- und Pachtverträge. Eine kritische Überprüfung der §§ 1104 f ABGB, RdW 2020, 320; weiters *Prader/Gotardis*, Auswirkungen einer Pandemie (COVID-19) auf das Mietrecht, immolex 2020, 106 (zuvor bereits veröffentlicht in CuRe 2020/3 auf rdb.at).

8 Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 StF BGBl I 2020/12 (als Teil des [1.] COVID-19-[Sammel]Gesetzes).

9 Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 StF BGBl II 2020/96.

10 Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes StF BGBl II 2020/98.

11 Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Lockerungen der Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen

lich nach dem Grundsatz „in dubio pro libertate“ auszulegen. Die Feststellung, dass ein Abstandsgebot nur beim Betreten, nicht aber beim Aufenthalt im öffentlichen Raum gelten soll<sup>12</sup>, ist angesichts der Zielsetzung einer epidemiologischen Regelung mE schon „gerichtlicher Aktionismus“ und auch die – von gewichtigen Stimmen der Lehre allerdings mit beachtlichen Argumenten unterstützte<sup>13</sup> – Ansicht, dass die berüchtigte – weil in Wahrheit klar darüber hinausgehende – „Spaziergehausnahme“ in § 2 Z 5 der Ausgangsbeschränkungs-V BGBl II 2020/98 auch Privatbesuche in anderen Haushalten erlaubte, ist bei Anwendung einer systematischen Auslegung eines auf die Verhinderung der Verbreitung ansteckender Krankheiten gerichteten Regelungswerks keineswegs zwingend<sup>14</sup>.

Wichtig erscheint daher, dass der VfGH sehr rasch und in klaren Worten durch seine Erk vom 14.7.2020<sup>15</sup> zu einer Versachlichung der Diskussion beigetragen hat. Im Wesentlichen hielt er fest, dass die zentrale (insb) freizügigkeits- und erwerbsfreiheitsbeschränkende gesetzliche Regelung, das COVID-19-MG, verfassungskonform war und auch die durch sie vorgesehenen Abweichungen vom EpidemieG – insb der Ausschluss eines Entschädigungsanspruchs auf Grund einer Betriebsschließung<sup>16</sup> – zulässig waren<sup>17</sup>. Die auf dieses Gesetz gestützte Verordnung betr Ausgangsbeschränkungen<sup>18</sup> wiederum qualifizierte er als gesetzwidrig, weil sie für alle öffentlichen Orte Regelungen traf und nicht nur für – wie im Gesetz vorgesehen – bestimmte Orte<sup>19</sup>. Zugleich fügte der VfGH hinzu, dass

wurden (COVID-19-Lockerungsverordnung – COVID-19-LV) StF BGBl II 2020/197. Die Verordnung steht – mehrfach novelliert – bis heute in Geltung, wurde allerdings mit ihrer zehnten Novelle (BGBl II 2020/407) in Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen werden (COVID-19-Maßnahmenverordnung – COVID-19-MV), umbenannt.

12 VwG Wien 8.6.2020, VGW-031/092/6228/2020 (II.3.d.). Die gesetzliche Deckung der Verordnung wurde vom VwG nicht erörtert.

13 Vgl *Kopetzki*, Corona-Ausgangsbeschränkungen – „Freunde besuchen“? RdM 2020, 161; *Hiersche/K. Holzinger/Eibl*, Handbuch des Epidemierechts (2020) 133 FN 700.

14 Dazu *Stöger*, Anmerkung zu den VfGH-Erk vom 14.7.2020, RdM 2020, 199 (203) und mit abweichender Begründung *Heissenberger*, Rechtliche Maßnahmen zur Bewältigung von COVID-19, ÖJZ 2020, 440 (443). Im novellierten COVID-19-MG (Novelle BGBl I 2020/104) ist in § 5 Abs 2 Z 5 nunmehr ausdrücklich angeordnet, dass es bei der „Spaziergehausnahme“ (nur) um „körperliche bzw psychische Erholung“ geht.

15 Vgl VfGH 14.7.2020, G 202/2020 ua; V 363/2020; V 411/2020.

16 § 4 Abs 2 COVID-19-MG idF BGBl I 2020/16.

17 VfGH 14.7.2020, G 202/2020 ua.

18 BGBl II 2020/98.

19 Dazu in der Lit erstmals *Noll*, Corona-Krise: Der Verordnungsstaat, Kommentar der Anderen, der standard.at/story/2000116124769/corona-krise-der-verordnungsstaat (Stand 25.3.2020); *Noll*, Fehlt verfassungsrechtliche Grundlage für Betretungsverbot? diepresse.com/5792499/fehlt-verfassungsrechtliche-grundlage-fur-ausgangsshybeschränkungen (Stand 30.3.2020). Allerdings geht *Noll* im letztgenannten Beitrag von einem Eingriff in die persönliche Freiheit und nicht die Freizügigkeit aus. Weiters zB – als Individualantragsteller vor dem VfGH später erfolgreich – *Prankl*, COVID-19: Sind die Ausgangsbeschränkungen gesetzwidrig? ZfG 2020, 58.

Es gibt aber auch Stimmen in der Lehre, welche die Lesart, dass „bestimmte“ Orte auch auf alle öffentlichen Orte bezogen werden kann, jedenfalls für vertretbar halten (*Fister*, Grundrechte in der Krise, AnwBl 2020, 406 [408]) oder dem VfGH diesbezüglich überhaupt vorwerfen, es sich zu einfach gemacht zu haben (*Klaushofer/Kneihs/Palmstorfer/Winner*, ZÖR 2020 Online first, 113 f).

auch eine zukünftig zu schaffende Ausgangsbeschränkungsregelung für alle öffentlichen Orte – wenn aus epidemiologischer Sicht notwendig<sup>20</sup> – verfassungskonform sein könnte. Schließlich betonte er die Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes bei der Festlegung von coronabedingten „Verschärfungen“ und „Lockerungen“<sup>21</sup>. Insgesamt hat der VfGH die aktuelle und potenzielle „Rechtssubstanz“ in Hinblick auf die Bekämpfung von COVID-19 somit verfassungsrechtlich eher wohlwollend beurteilt, die konkrete Ausgestaltung – gewissermaßen die Form, in der sich die Substanz präsentierte – hingegen deutlich kritischer. Das ist auch das Leitmotiv dieses Beitrags: Die – leider – notwendigen Maßnahmen zur Bekämpfung von COVID-19 bedeuten jedenfalls in Österreich nicht das Ende des Rechtsstaats, ihre konkrete Durchführung hat diesen dennoch punktuell herausgefordert, was tw vermeidbar gewesen wäre.

Die Erk des VfGH haben dementsprechend auch dazu geführt, dass zentrale Rechtsgrundlagen der Pandemiebekämpfung – nämlich das COVID-19-MG und die darauf gestützte COVID-19-Maßnahmenverordnung (diese ersetzte, zuerst unter der Bezeichnung COVID-19-Lockerungsverordnung, die V BGBl II 2020/96 und 98; fortan: COVID-19-MV<sup>22</sup>) – im Herbst 2020 umfassend novelliert wurden<sup>23</sup>. Zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Manuskripts sieht es – erneut: leider – so aus, als ob diesen Rechtsgrundlagen angesichts steigender Fallzahlen die rechtsstaatliche Bewährungsprobe noch bevorsteht: Die darin vorgesehenen Beschränkungen werden sicherlich Anwendung finden (unklar ist einzig, in welchem Ausmaß; den Anfang machte das Land Salzburg<sup>24</sup>, gefolgt von anderen Bundesländern<sup>25</sup> und zuletzt auch dem Bund selbst<sup>26</sup>), und dass es zu (verfassungs)gerichtlichen Überprüfungen kommen wird, kann als sicher angenommen werden. Dementsprechend ist dieser Beitrag eine „Momentaufnahme“ nach gut acht Monaten „COVID-Krise“ und kann noch keine abschließende Würdigung bieten. Dabei möchte ich im Sinne einer Vogelperspektive in zwei Schritten vorgehen: Zuerst werde ich einige Vorbemerkungen tätigen, die mE zum Verständnis der Gesamtsituation, aber auch meiner nach-

---

20 VfGH 14.7.2020, V 363/2020 Rz 68.

21 VfGH 14.7.2020, V 411/2020 Rz 91 ff.

22 Vgl bereits oben FN 12.

23 COVID-19-MG BGBl I 2020/104; auf Verordnungsebene erfolgte die Umsetzung dieser Novelle iW mit der 3. und 4. COVID-19-LV-Nov, BGBl II 2020/455 und BGBl II 2020/456.

24 Verordnung des Landeshauptmannes von Salzburg vom 16.10.2020, mit der zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 zusätzliche Maßnahmen festgelegt werden sbg LGBL 2020/97. Diese Verordnung wurde (ausdrücklich) gestützt auf § 3 Abs 1 Z 1 und Abs 2, § 4 Abs 1 Z 1 und Abs 2, § 5 Abs 1, § 7 Abs 2, 4 und 5 und § 11 Abs 3 letzter Satz des COVID-19-MG und auf § 5 Abs 3, § 15 Abs 1 und 6, § 18 und § 43a Abs 2, 4 und 5 des EpidemieG. Darin wurden Regelungen für das ganze Land, strengere für den Bezirk Hallein und ein Lockdown samt Ausgangsregelungen iSd § 5 COVID-19-MG für die Gemeinde Kuchl verordnet.

25 Vgl zB die Verordnungen in OÖ und Tirol in oÖ LGBL 2020/92 bzw tir LGBL 2020/106 (bzw Novelle tir LGBL 2020/107).

26 Vgl die 3. und 4. Novelle zur COVID-19-LV, BGBl II 2020/455 und BGBl II 2020/456.

folgenden Thesen wichtig sind. Danach werde ich zehn Thesen aufstellen, die den bisherigen Corona-Rechtsbestand und seine verfassungsrechtlichen Herausforderungen entlang zentraler Linien bewerten. Für gewisse Wiederholungen, die aus dieser Struktur des Textes zwingend resultieren, wird um Verständnis gebeten.

## 2. Vorbemerkungen: Die vielen Aspekte der rechtlichen COVID-Krisenbewältigung

Die deutsche Bundeskanzlerin *Angela Merkel* hat das SARS-CoV-2-Virus eine demokratische Zumutung genannt, und das ist völlig richtig. Zugleich ist es fast schon zynisch, dass diese Zumutung die Folge der Anwendung von gesundheitspolizeilichen Methoden ist, die seit Jahrhunderten, tw Jahrtausenden angewendet werden und sich – unter Berücksichtigung des jeweiligen Standes der Medizin (dh mitunter unter falschen Annahmen betreffend die Verbreitung von Epidemien) – durchaus bewährt haben: Die Isolierung von Erkrankten und die Reduktion sozialer Kontakte<sup>27</sup>. Zugleich stehen diese Methoden in einem erheblichen Spannungsverhältnis zum Normalzustand eines freiheitlichen Rechtsstaats, zu dessen Grundpfeilern Freizügigkeit und freie, staatlich nicht überwachte, Interaktion zählen. Und genau darin liegt ein Grundproblem der modernen Epidemiekämpfung: Drastische bewegungsbeschränkende Maßnahmen, die der Obrigkeitsstaat gegenüber den Derartigen mitunter gewohnten „Untertanen“ ohne große Rechtfertigung oder Entschädigung durchsetzen konnte, stoßen der Bevölkerung eines freiheitlichen Rechtsstaates verständlicherweise sauer auf und fordern dessen (Verfassungs-)Rechtsordnung heraus. Dennoch sind sie immer noch „state of the art“ in der Pandemiebekämpfung, was durch ihre fast weltweite Anwendung bestätigt wird. Scheinbar „smarte“ kumulative oder alternative, körperlich weniger spürbare Maßnahmen wie Tracing-Apps oder Immunitätszertifikate bringen wiederum ihre eigenen technischen und vor allem auch rechtlichen Herausforderungen mit sich, müssen sie schon auf Grund ihrer Funktionsweise mit mehr oder weniger vielen, regelmäßig auch besonders schutzwürdigen (Art 9 Abs 1 DSGVO), Daten arbeiten<sup>28</sup>. Staaten, deren Verfassungen nicht oder nur eingeschränkt auf dem Modell des freiheitlichen Rechtsstaats basieren, tun sich – bei entsprechender Performance ihrer Behörden – dementsprechend mit der Pandemiebekämpfung rechtlich leichter: China etwa hat nach anfänglichen Schwierigkeiten COVID-19 auf Grund sehr harter Maßnahmen, die im System

27 Vgl dazu mwN aus der historischen Lit *Hiersche/K. Holzinger/Eibl*, Handbuch des Epidemierechts 2, 4 f FN 23 ff.

28 Für eine grundsätzliche Einschätzung solcher „datenbasierten Maßnahmen“ aus ethischer und rechtlicher Sicht *Schmidhuber/Stöger*, Personenbezogene Gesundheitsdaten in einer Pandemie – ethische und rechtliche Aspekte, *Wiener Medizinische Wochenschrift* 2020, doi.org/10.1007/s10354-020-00785-8 (Stand 21.9.2020); für eine detaillierte juristische Analyse von Tracing-Apps *Gamper*, Verpflichtende Corona-Trac(k)ing Apps: von der „demokratischen Zumutung“ zum „Rand der Demokratie“, *NLMR* 2020, 155.