



MATHIS FISTER

Der Autor ist Universitätsprofessor für Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der JKU Linz und Rechtsanwalt.

2020/195

Grundrechte in der Krise

Grundrechtliche Maßstäbe für das COVID-19-Recht

Der Titel dieses Beitrags kann im doppelten Sinn verstanden werden, entweder ist einer „Krise der Grundrechte“ oder ist der Wirkkraft von Grundrechten in einer Krise. Im vorliegenden Beitrag soll daran erinnert werden, dass die Grundrechte auch und gerade in der COVID-19-Krise ihre ganze Kraft entfalten, dem Staatshandeln inhaltliche Schranken zu setzen.

I. EINLEITUNG

In der COVID-19-Krise wurden grundrechtliche Positionen geradezu schlagartig und so einschneidend eingeschränkt, wie es noch wenige Monate zuvor nahezu unvorstellbar gewesen wäre. Welche dieser Maßnahmen grundrechtskonform und welche grundrechtswidrig waren, beschäftigt den Rechtsstaat schon jetzt intensiv und wohl auch noch länger. Die Grundrechtsfragen liegen derzeit auf der Straße. Sie sind so umfassend und detailreich, dass ihnen im Folgenden nur beispielhaft nachgegangen werden kann. In erster Linie sollen die zentralen grundrechtlichen Maßstäbe identifiziert werden, die bei der Abarbeitung der zahlreichen Einzelfragen als Leitlinien dienen können.

II. GRUNDRECHTE IM (STAATS-)NOTSTAND

Die Corona-Krise ist **kein Staatsnotstand** im herkömmlichen Sinn dieses Begriffes,¹ sondern zunächst ein **sanitätspolizeilicher Ausnahmezustand**.² Für diesen soll in erster Linie das **Sanitätsrecht**³ (und hier im Besonderen das **EpidemieG**) Vorsorge treffen. Und tatsächlich entspricht die Situation einer sich pandemisch ausbreitenden Infektion gerade jenen historischen Bedrohungslagen, denen das EpidemieG abhelfen soll.⁴ Die im EpidemieG vorgesehenen Maßnahmen wären an sich auch immer noch geeignet, die Bevölkerung vor einer unkontrollierten Verbreitung einer Infektionskrankheit zu schützen.⁵ Nichtsdestoweniger wurde in Österreich nur zu Beginn der COVID-19-Pandemie auf die Instrumente des EpidemieG zurückgegriffen.⁶ Das gewaltige Ausmaß der COVID-19-Pandemie und vor allem die gewaltigen *Auswirkungen* der Pandemie-Bekämpfung nicht nur für das Gesundheitssystem, sondern auch für das Wirtschafts- und Sozialleben brachten das bestehende Sanitätsrecht an seine Grenzen.⁷ Die Krise war zwar kein Staatsnotstand, sie hätte sich aber zu einem Staatsnotstand auswachsen können, und zwar in der Erscheinungsform eines „sozialen Notstands“, verstanden als schwere Störung des nationalen Lebens, die den Staat als Sozialgebilde existentiell bedroht.⁸

Eines hatte die Rechtssetzung in der COVID-19-Krise mit jener im Staatsnotstand aber gemeinsam: Sie bediente sich **notstandstypischer Rechtssetzungstechniken**. Gerade bei den Schlüsselmaßnahmen zur Eindämmung der Pandemie zog sich der Gesetzgeber darauf zurück, mit dem COVID-19-MaßnahmenG⁹ weitreichende Verordnungen

zum Gunsten des BMSGPK zu schaffen, um diesem die Detailmaßnahmen zu überlassen. Darin manifestiert sich ein typisches Element des Staatsnotstandsrechts, die Balance der Staatsgewalten notwendigenfalls von der Legislative auf die Exekutive zu verlagern, die durch die Rechtssatzform der Verordnung rascher handlungsfähig ist. Durch die Verordnungsermächtigung zu Gunsten des BMSGPK wurden zugleich österreichweit einheitliche Regelungen ermöglicht; auch diese Rechtsvereinheitlichungstendenzen hat Vorbilder im Staatsnotstandsrecht.¹⁰

Was die **Grundrechte** betrifft, kennt das Staatsnotstandsrecht im Allgemeinen drei Formen, wie die mitunter gegenläufigen Anliegen der effizienten Notstandsabkämpfung und der Grundrechte zum Ausgleich gebracht werden sollen:¹¹ Bei einigen Grundrechten bleiben gewisse notstandsrelevante staatliche Maßnahmen von vornherein vom Schutzbereich des Grundrechts ausgenommen.¹² Bei anderen Grundrechten werden die Gesetzesvorbehalte um spezifische notstandsbezogene Tatbestände angereichert, wodurch dem einfachen Gesetzgeber die Möglichkeit einer weiterreichenden Einschränkung dieser Grundrechte in

¹ Von einem Staatsnotstand wird gesprochen, wenn die Ausübung der Staatsgewalt als Prozess der Erzeugung und Vollziehung von Rechtsnormen in einer seiner Phasen unmöglich gemacht, erheblich behindert oder ernsthaft bedroht ist; vgl. *Koja*, Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff (1979) 21. Allein wenn man nur den Rechtsstoff betrachtet, der sich in den Monaten März bis Mai im BGBl angesammelt hat, wird von einer Krise der Rechtserzeugung gewiss nicht die Rede sein können. Eher im Gegenteil wurde mehrfach unter Beweis gestellt, mit welcher Geschwindigkeit notwendigenfalls Recht geschaffen werden kann, auch durch den Gesetzgeber; s. dazu etwa *Fucik/Lehofer*, 2. COVID-19-Gesetz – Gesetzgebung im Schnelldurchlauf, ÖJZ 2020, 289 (289).

² Ebenso *Stöger*, Der Rechtsstaat ist gesund und soll auch nicht erkranken, DiePresse 2020/12/03.

³ Siehe zu den Regelungsgegenständen und -zwecken des Sanitätsrechts allgemein *Hummelbrunner*, Sanitätsrecht, in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht² (2015) 1165 (1168).

⁴ So treffend *Kopetzki*, Der Rechtsstaat funktioniert sehr gut, CuRe 2020/21.

⁵ Vgl. *Hummelbrunner* in *Neumayr/Resch/Wallner* (Hrsg), Gmünder Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016) EpG 1950 Einleitung Rz 2.

⁶ Siehe zB die Verordnung der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck gem § 6 iVm § 24 EpidemieG v 15. 3. 2020.

⁷ Vgl. insb IA 396/A 27. GP 10 (zum COVID-19-MaßnahmenG): „Mit dem Fortschreiten der Pandemie hat sich jedoch herausgestellt, dass die Maßnahmen des Epidemiegesetzes 1950 nicht ausreichend bzw. zu kleinteilig sind, um die weitere Verbreitung von COVID-19 zu verhindern.“

⁸ *Koja*, Staatsnotstand 26f.

⁹ BGBl I 2020/12 idF BGBl I 2020/23.

¹⁰ Vom Regelungszweck vergleichbar ist insoweit das „Bundesnotrecht“ auf der Grundlage des Art 10 Abs 1 Z 15 B-VG („aus Anlass eines Krieges oder im Gefolge eines solchen zur Sicherung der einheitlichen Führung der Wirtschaft notwendig erscheinende Maßnahmen, insbesondere auch hinsichtlich der Versorgung der Bevölkerung mit Bedarfsgegenständen“).

¹¹ Siehe dazu bereits *Fister*, Staatsnotstandsrecht in Österreich, in *Zwitter* (Hrsg), Notstand und Recht (2012) 160 (173).

¹² ZB Art 4 Abs 3 lit c EMRK: „jede Dienstleistung im Falle von Notständen und Katastrophen, die das Leben oder das Wohl der Gemeinschaft bedrohen“, gilt nicht als Zwangs- oder Pflichtarbeit.

Notstandszeiten gegeben wird.¹³ Bei wiederum anderen Grundrechten lässt die Verfassungsordnung unter bestimmten Voraussetzungen eine gänzliche „Suspendierung“ des Grundrechts in Notstandssituationen zu.¹⁴

In der COVID-19-Krise kam es (bisher) zu **keiner Suspendierung**, wohl aber zu **gravierenden Beschränkungen** von Grundrechten, solchen zumal, die in Normalzeiten schwer denkbar wären. Das heißt gewiss noch lange nicht, dass die Grundrechte durchgehend verletzt wurden. Nicht zu übersehen ist nämlich, dass in Krisenzeiten der Kanon möglicher Rechtfertigungen von Grundrechtseingriffen erweitert sein kann, indem sich das Gewicht des mit der Grundrechtsbeschränkung verfolgten öffentlichen Interesses erhöht und sich die Grenzen der Verhältnismäßigkeit nach außen verschieben; solcherart ist es denkbar, dass sich in Krisenzeiten (vorübergehend) Grundrechtsbeschränkungen rechtfertigen lassen, die im Normalzustand nicht rechtfertigbar wären.¹⁵ Dem ist im Folgenden nachzugehen.

III. SCHUTZPFLICHTEN, BEURTEILUNGSSPIELRAUM, GESTALTUNGSSPIELRAUM

Bei potentiell lebensgefährdenden Bedrohungen wie hier durch eine Pandemie resultieren für den Staat **Schutzpflichten** insb aus **Art 2 EMRK**.¹⁶ Derzeit wird beim Coronavirus von einer Sterblichkeitsrate von bis zu drei Prozent ausgegangen, wobei va alte Menschen und immungeschwächte Personen betroffen sind.¹⁷ Der Staat darf eine derartige Bedrohungslage nicht schlechthin ignorieren.¹⁸ Ein umfassender Schutz des Lebens „um jeden Preis“ – etwa durch eine vollständige soziale Isolation der gesamten Bevölkerung – ist durch Art 2 EMRK aber nicht geboten.¹⁹ Der Staat ist bloß verpflichtet, angemessene (verhältnismäßige) Maßnahmen zum Schutz des Lebens zu ergreifen.²⁰ Hierbei kommt ihm ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu.²¹

Der **Beurteilungsspielraum** umfasst sowohl die medizinische Einschätzung des Gefahrenpotentials des Coronavirus als auch die Festlegung der zu seiner Eindämmung aus medizinischer Sicht erforderlichen Maßnahmen. Die staatlichen Organe können hierbei einen medizinischen Standpunkt zugrunde legen, der im Lichte des jeweils aktuellen Wissensstands wahrscheinlich (wenn vielleicht auch nicht mit Sicherheit) richtig ist.²² Im Rahmen der Grundrechtsprüfung ist dann zu beurteilen, ob die von den staatlichen Organen zur Rechtfertigung der konkreten Eingriffsmaßnahmen angeführten Gründe durchgreifen und ausreichen.²³ Somit sind die medizinisch-fachlichen Grundlagen, auf denen der Einsatz der einzelnen Kriseninstrumente basiert, letztlich gegenüber dem VfGH darzulegen und zu plausibilisieren.²⁴

Bei der Entscheidung, welche Ziele der einfache Gesetzgeber mit seinen Regelungen verfolgt, ist ihm innerhalb der Schranken der Verfassung ein rechtspolitischer **Gestal-**

tungsspielraum eingeräumt.²⁵ Der VfGH hat auch anerkannt, dass der rechtspolitische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in Krisensituationen, in denen Neuland betreten werden muss, größer ist.²⁶ Nichts anderes kann in der COVID-19-Krisensituation gelten. Der Gesundheitsschutz, dem die Maßnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus dienen, ist in der Rsp des VfGH (sogar) als „schwerwiegendes“ öffentliches Interesse anerkannt.²⁷ Anerkannt ist auch, dass der Gesetzgeber grundsätzlich berechtigt ist, dem Gesundheitsschutz „umfassend zum Durchbruch zu verhelfen“.²⁸ Der Gesetzgeber kann sich somit aufgrund seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraums zu weitergehenden Maßnahmen des Gesundheitsschutzes als jenen entscheiden, die zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten minimal erforderlich sind.

Als **Zwischenergebnis** lässt sich somit festhalten: Der Staat hat einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich des Bedrohungspotentials des Coronavirus und einen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum, wie er auf dieses Bedrohungspotential reagiert. Dieser Gestaltungsspielraum ermöglicht grundsätzlich – in den Schranken der Verfassung – auch drastischere Maßnahmen als jene, die in Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten notwendig zu ergreifen sind.

¹³ Diese Fälle sind selten; s zB Art 10 StGG: „nur in Kriegsfällen“.

¹⁴ Siehe Art 15 EMRK sowie Art 20 StGG aF (außer Kraft gesetzt durch Art 149 Abs 2 B-VG); dazu näher Fister, Die Notstandsverfassung vor neuen Herausforderungen – Gebietskörperschaften im wirtschaftlichen Notstand, in FS Korinek (2019) 239 (245f); ders in Zwitter, Notstand 174ff.

¹⁵ Fister in Zwitter, Notstand 174.

¹⁶ Ein „Grundrecht auf Gesundheit“ ist der Bundesverfassung hingegen unbekannt; s dazu aber auch Berka, Die Verantwortung des Staates für die medizinische Versorgung, RdM 2019, 227.

¹⁷ www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus—Haeufig-gestellte-Fragen/FAQ—Zahlen,-Daten,-Fakten.html (abgefragt am 8. 6. 2020).

¹⁸ Vgl zB EGMR 20. 3. 2008, 15339/02 ua, *Budayeva* (fehlender Katastrophenschutz – Verletzung von Art 2 EMRK).

¹⁹ Siehe ebenso aus der Perspektive des GG BVerfG 12. 5. 2020, 1 BvR 1027/20.

²⁰ ZB EGMR 28. 10. 1998, 87/1997/871/1083, *Osman*, Rz 115: „take appropriate steps to safeguard the lives“.

²¹ Vgl allgemein VfSlg 20.129/2016 mwN (Pkt 2.10.3. der Entscheidungsgründe: „ein Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten und in dessen Rahmen auch ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers“); speziell zu den COVID-19-Maßnahmen vgl BVerfG 12. 5. 2020, 1 BvR 1027/20 („weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“).

²² Vgl idZ etwa VfSlg 8212/1977: „Unter diesen Umständen hat der Verordnungsgeber den ihm vom Gesetz eingeräumten Beurteilungsspielraum nicht überschritten, wenn er seine Entscheidung auf Grund von Überlegungen und Berechnungen trifft, die für sich bloß in Anspruch nehmen können, wahrscheinlich (also nicht mit Sicherheit) richtig zu sein.“

²³ Vgl (aus der Sicht des Art 10 EMRK) EGMR 7. 12. 1976, 5493/72, *Handyside*, Rz 42ff, EuGRZ 1977, 38; dazu auch VfSlg 12.103/1989.

²⁴ Siehe zur Rechenschaftspflicht gegenüber dem VfGH auch Heissl, Ein schmaler Grat, DiePresse 2020/14/01.

²⁵ Vgl etwa VfSlg 12.094/1989.

²⁶ Siehe VfSlg 19.598/2011 zum Stabilitätsabgabegesetz im Gefolge der Wirtschaftskrise 2008: „Grundsätzlich ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf den konkreten Anlass für die Einführung und Ausgestaltung der Stabilitätsabgabe Neuland betreten musste. Die getroffene Regelung hält sich dabei offenbar im Rahmen dessen, was auf internationaler Ebene diskutiert wird bzw. bereits in anderen Ländern realisiert ist. Bei einer solchen Situation ist der rechtspolitische Spielraum des Gesetzgebers wenigstens im gegenwärtigen Zeitraum ein größerer als bei einer Abgabe, deren rechtliche Konturen schon fest umrissen sind und deren Wirkungen und Konsequenzen sich bereits ohne Schwierigkeiten ermitteln lassen. Dass die vom Gesetzgeber getroffene Regelung überhaupt untauglich wäre oder zu sachfremden, willkürlichen Ergebnissen führen würde, kann der Verfassungsgerichtshof nicht erkennen.“

²⁷ Vgl VfSlg 20.151/2017 (Pkt 2.4.5. der Entscheidungsgründe).

²⁸ IdS VfGH 3. 10. 2019, G 189/2019.

Im Weiteren gilt jedoch, dass in erster Linie der *Gesetzgeber* den besagten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum auszuüben hat (s gleich Pkt IV.), dass dennoch jede einzelne grundrechtsbeschränkende Maßnahme auf ihre Rechtfertigung hin zu prüfen ist (s Pkt V.) und dass im zeitlichen Verlauf der Krise eine Beobachtungs- und Anpassungspflicht besteht, die zu ehestmöglichen Lockerungen der Maßnahmen zwingt; insoweit verengt sich im Zeitverlauf auch der Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers (s Pkt VI.).

IV. VORMACHT DES GESETZGEBERS

Die Kompetenz, die Grenzen der Grundrechte zu konkretisieren, fällt dem **Gesetzgeber** als unmittelbar demokratisch gewähltem Staatsorgan zu.²⁹ Dass der COVID-19-Gesetzgeber sich vielfach darauf zurückzog, die Vollziehung mit weitreichenden Verordnungsermächtigungen auszustatten und ihr insoweit in wesentlichen Aspekten das Feld zu überlassen, wurde zuvor bereits erwähnt (s oben Pkt II.). Unbedenklich ist das selbst dann nicht, wenn man die zeitliche Befristung der Gesetze („Sunset Clause“) berücksichtigt (zB § 4 Abs 1 COVID-19-MaßnahmenG). Gewiss kann der Gesetzgeber die Vollziehung im Allgemeinen zu Grundrechtseingriffen ermächtigen. Wenn aber ein Gesetz eine Maßnahme vorsieht, die in besonderer Nähe zum Eingriff in ein Grundrecht steht („**eingriffsnahes Gesetz**“), muss der Eingriffstatbestand besonders deutlich umschrieben sein³⁰ und sind dem Eingriff „konkrete Schranken“ zu setzen.³¹

An diesem Maßstab sind die weitreichenden Verordnungsermächtigungen des COVID-19-Gesetzgebers zu messen. Greift man exemplarisch die §§ 1 und 2 COVID-19-MaßnahmenG heraus, sind inhaltliche Vorgaben des Gesetzgebers für den Ordnungsgeber zwar durchaus vorhanden; es fällt aber zumindest nicht leicht, bereits aus dem Gesetz *alle* wesentlichen Merkmale der beabsichtigten Regelung zu ersehen, wie es sogar bereits im Lichte des Art 18 Abs 2 B-VG erforderlich wäre³² und umso mehr mit Blick auf die erhöhten Bestimmtheitsanforderungen bei „eingriffsnahen Gesetzen“.

Um ein Beispiel zu konkretisieren: Durch § 2 Z 1 COVID-19-MaßnahmenG wird der Ordnungsgeber ermächtigt, das „Betreten von bestimmten Orten“ zu untersagen, „soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist“. Außerdem gibt der Gesetzgeber vor, dass sich das Betretungsverbot „auf bestimmte Zeiten beschränken“ und darüber hinaus geregelt werden kann, „unter welchen bestimmten Voraussetzungen oder Auflagen“ jene bestimmten Orte betreten werden dürfen (vgl § 2 Satz 3 und 4 COVID-19-MaßnahmenG). Dass es sich hierbei um ein eingriffsnahes Gesetz handelt (vgl nur Art 4 StGG), steht außer Frage. Die inhaltliche Determinierung der Verordnung ist gleichwohl schwach. Unklar ist schon, was mit der Wendung „Betreten von bestimmten

Orten“ konkret gemeint ist. Man kann diese Wendung sehr eng auslegen (zB ein öffentlicher Platz in der sonst stark frequentierten Innenstadt), genauso aber sehr weit, wie es der Ordnungsgeber letztlich auch getan hat, indem er ein allgemeines österreichweites Verbot des Betretens aller öffentlicher Orte verordnet hat (vgl § 1 V BGBl II 2020/98).³³ Welche zeitlichen Beschränkungen und Ausnahmen in Frage kommen, bleibt im Gesetz überhaupt offen (vgl erneut § 2 Satz 3 und 4 COVID-19-MaßnahmenG). Nach alledem entstehen zumindest erhebliche Zweifel, ob der Gesetzgeber in § 2 COVID-19-MaßnahmenG den erhöhten Bestimmtheitsanforderungen bei „eingriffsnahen“ Gesetzen entsprochen hat.

V. RECHTFERTIGUNG VON GRUNDRECHTSEINGRIFFEN

Der – unbestritten weite – Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in der COVID-19-Krise (s oben Pkt II.) rechtfertigt für sich genommen noch nicht Grundrechtseingriffe jedweder Art und Intensität. Er ist bloß *ein Element* der Grundrechtsprüfung insgesamt.

Die Rechtfertigung konkreter Eingriffe etwa in das **Recht auf Freizügigkeit** (Art 4 StGG), die **Erwerbsfreiheit** (Art 6 StGG), die **Eigentumsgarantie** (Art 5 StGG, Art 1 1. ZP-EMRK) und das **Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens** (Art 8 EMRK),³⁴ wie sie bspw durch die Ausgangsbeschränkungen³⁵ bzw die Betriebsschließungen³⁶ bewirkt wurden, hängt davon ab, ob diese Maßnahmen als **verhältnismäßig** angesehen werden können. Dass Ausgangsbeschränkungen und Betriebsschließungen dem – schwerwiegenden³⁷ – öffentlichen Interesse des Gesundheitsschutzes dienen und auch geeignet sind, dieses öffentliche Interesse zu realisieren, dürfte außer Zweifel stehen. Schwieriger zu beurteilen ist, ob die Maßnahmen erforderlich und adäquat sind, zumal sich diese Beurteilung im zeitlichen Verlauf der Corona-Krise verändert hat. Zu Beginn der Krise, als über das Bedrohungspotential des Coronavirus noch wenig bekannt war, können Ausgangsbeschränkungen und Betriebsschließungen eher als alternativlos (und somit als erforderlich) angesehen werden als später, als sich zunehmend die Einsicht erhärtete, dass auch „Sicherheitsvorkehrungen“ wie insb die Maskenpflicht und

²⁹ Vgl *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2019) Rz 393.

³⁰ VfSlg 10.737/1985; 15.633/1999.

³¹ VfSlg 13.785/1994.

³² ZB VfSlg 11.649/1988 mwN.

³³ Besonders kritisch dazu *Noll*, Corona-Krise: Der Ordnungsstaat, Der-Standard v 25. 3. 2020; s ferner *Keisler/Hummelbrunner*, Epidemierecht, in *Resch* (Hrsg), Corona-HB^{1,01} Kap 1 Rz 65 (Stand 15. 5. 2020, rdb.at).

³⁴ Art 8 EMRK umfasst auch das Recht, Beziehungen mit anderen Menschen und mit der Außenwelt zu begründen und zu entwickeln; vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 812 mwN. Kontaktbeschränkungen zwischen Kindern und Eltern sind auch im Lichte des Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte BGBl I 2011/4 grundrechtlich sensibel.

³⁵ Siehe insb die V BGBl II 2020/98 auf der Grundlage von § 2 Z 1 COVID-19-MaßnahmenG.

³⁶ Siehe insb die V BGBl II 2020/96 auf der Grundlage von § 1 COVID-19-MaßnahmenG.

³⁷ Siehe erneut VfSlg 20.151/2017 (Pkt 2.4.5. der Entscheidungsgründe).

die Abstandsregeln ausreichend sein können. Und bei der Beurteilung der Adäquanz wird in die Abwägung des (schwerwiegenden) öffentlichen Interesses am Gesundheitsschutz mit den (meistens ebenso schwerwiegenden) Eingriffen in die Grundrechte auch einzustellen sein, in welchem zeitlichen Ausmaß die Grundrechtseinschränkungen hinzunehmen sind und welche Begleitmaßnahmen getroffen wurden, um übermäßig schwere Härten zu vermeiden.

Ein Beispiel: Misst man die V des BMSGPK betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 in ihrer Stammfassung BGBl II 2020/96 (mittelbar über ihre gesetzliche Grundlage in § 1 COVID-19-MaßnahmenG) an der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG), wird man noch eher zum Schluss gelangen können, das Schließen von Betrieben sei verhältnismäßig gewesen. Bei gegebenem öffentlichem Interesse am Gesundheitsschutz und wohl nicht zu bestreitender Geeignetheit von Betriebs-schließungen ist bei der Frage, ob diese Maßnahme die schonendste war, zu veranschlagen, dass zumindest zu Beginn der COVID-19-Krise noch wenig über das Coronavirus und somit auch wenig über vergleichbar effektive alternative Schutzmaßnahmen bekannt war. Zur Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen mag auch beitragen, dass sie zeitlich befristet und von begleitenden Maßnahmen flankiert waren, die die mitunter existenzbedrohenden Auswirkungen immerhin abmilderten (staatliche Hilfsfonds, finanzielle Zuschüsse etc). Aber selbst wenn man die Maßnahmen anfänglich als verhältnismäßig und somit grundrechtskonform ansehen wollte, so zeigt sich im Lichte der weiteren Entwicklungen ein anderes Bild: Der Ordnungsgeber selbst kam im Verlauf der Zeit zur Einsicht, dass Betriebs-schließungen nicht mehr aufrechterhalten werden müssen, um einen angemessenen Gesundheitsschutz zu gewährleisten, sondern dass Sicherheitsvorkehrungen wie eine Maskenpflicht und Abstandsregeln im Handel dafür gleichermaßen ausreichend sind. Vor diesem Hintergrund ist es jedoch im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht weiter zu rechtfertigen, dass die Betriebsschließungen nur bei kleineren Geschäften unter 400m² aufgehoben wurden, nicht hingegen bei größeren Geschäften über 400m².³⁸

Dieses Beispiel führt weiter zum **Gleichheitsgrundsatz** (Art 7 B-VG). Wenn und soweit nämlich die geforderten Sicherheitsmaßnahmen (Maskenpflicht, Abstandregeln) auch in größeren Geschäften gewährleistet werden können, fragt sich, welche Unterschiede im Tatsächlichen sonst bestehen mögen, die die rechtliche Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.³⁹ Dies ist nur eine von zahlreichen Fragen, die das COVID-19-Recht im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes aufwirft. Dass bspw einige Handels- und Dienstleistungsbetriebe aufgrund der V BGBl II 2020/96 geöffnet bleiben durften, während andere schließen mussten, ist genauso rechtfertigungsbedürftig⁴⁰ wie der Umstand, dass Betriebsschließungen auf der Grundlage von § 20 EpidemieG nach § 32 leg cit zu entschädigen sind, während Betriebsschließungen auf der Grundlage von § 1 COVID-

19-MaßnahmenG iVm der V BGBl II 2020/96 (zumindest nach den Absichten des einfachen Gesetzgebers) entschädigungslos erfolgen sollen.⁴¹ Losgelöst von diesen Einzelfragen, denen hier aus Umfanggründen nicht im Detail nachgegangen werden kann, entsteht in der Krise auch die generelle Frage nach der Herstellung von Gleichheit bei der Lastenverteilung. „Lastengleichheit“ verlangt danach, dass das Wohl aller nicht auf Kosten einiger weniger realisiert werden darf, sondern zur Verwirklichung des Gemeinwohles jeder heranzuziehen ist, der dazu einen Beitrag leisten kann.⁴² Darauf wird gerade auch bei der Bewältigung der Krisenfolgen zu achten sein.

Die Rechtfertigung von Eingriffen in **Art 6 EMRK** und **Art 47 GRC**, wie sie vor allem durch die Einschränkungen (bis hin zur vereinzelt Stilllegung) der Rechtspflege erfolgten, hängt ebenfalls davon ab, ob man vorübergehende Einschränkungen des Rechts auf Zugang zu einem Gericht („access to court“) noch als verhältnismäßig ansehen will.⁴³ Auch hier sind Differenzierungen notwendig. Bei nicht dringenden Verfahren könnte ein temporäres (!) Herunterfahren des Gerichtsbetriebs allenfalls noch rechtfertigbar sein, nicht aber so in eiligen Rechtssachen (zB vorläufiger Unterhalt für Minderjährige gem § 382a EO, Gewaltschutz gem § 382b EO etc), deren sich die Gerichte unaufhörlich annehmen müssen und die daher einer vollständigen Stilllegung des Gerichtsbetriebs von vornherein entgegenstehen. Dass es im Verlauf der COVID-19-Krise dennoch zu einer faktischen Einstellung des Betriebs zumindest einzelner Gerichte gekommen ist, ist grundrechtlich wie rechtsstaatlich nicht hinnehmbar.

Die **Versammlungsfreiheit** (Art 12 StGG; Art 11 EMRK) wurde in der COVID-19-Krise faktisch beseitigt.⁴⁴ Grundrechtlich ist dies äußerstenfalls in zeitlichen Grenzen möglich. Jedenfalls sobald alternative Schutzvorkehrungen (zB Maskenpflicht, Abstandsregeln) mit genügender medizinischer Evidenz als ausreichend angesehen werden können, ist ein Aufrechterhalten der Versammlungsverbote nicht mehr rechtfertigbar. Im Text des durch die Novelle BGBl I 2020/43 neu gefassten § 15 EpG kommt dies deutlich zum Ausdruck („*Sofern und solange . . . unbedingt erforderlich*“).

Auf **weitere Grundrechte**, die in der COVID-19-Krise mitunter erheblich eingeschränkt wurden, kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden (zB Datenschutz, Recht auf Bildung, Freiheit der Kunst, individuelle und kollektive Re-

³⁸ Vgl die V BGBl II 2020/151.

³⁹ Siehe dazu bereits *Fister/Janko/Mayrhofer/Buder/Dannerbauer/Denk/Felbinger-Forster/Heiml*, Newsletter Öffentliches Recht und Europarecht aktuell, Sonderausgabe #3 v 10. 4. 2020 – COVID-19: Aktuelle Rechtsfragen 19.

⁴⁰ Zumal, wenn es insoweit zu Wettbewerbsverzerrungen kommt; vgl dazu näher *Fister et al*, Newsletter #3, 18.

⁴¹ Siehe zu letzterem etwa *Keisler/Hummelbrunner* in *Resch*, Corona-HB¹⁰¹ Kap 1 Rz 51 und 112 ff.

⁴² Vgl *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 175.

⁴³ Vgl dazu etwa EGMR 19. 6. 2001, 28.249/95, *Kreuz*, ÖJZ 2002, 693.

⁴⁴ Siehe den Erlass des BMSGPK v 10. 3. 2020, 2020-0.172.682, mit dem die BVB angewiesen wurden, auf der Grundlage von § 15 EpG das „Zusammenströmen größerer Menschenmengen“ zu untersagen.

ligionsfreiheit etc). Sie sind – wie die zuvor erwähnten Grundrechte – gewiss nicht absolut gewährleistet, gleichwohl wurden sie mitunter so erheblich eingeschränkt, dass an der Frage nach der grundrechtlichen Rechtfertigung der konkreten Einzelmaßnahmen nicht vorübergegangen werden kann. Aus Umfanggründen müssen diese Fragen jedoch in vertiefenden Einzelabhandlungen abgearbeitet werden.

Abschließend ist noch auf das in letzter Zeit vielfach zu hörende Argument einzugehen, man müsse Nachsicht mit den Normgebern haben, die unter großem Zeitdruck agieren mussten und um ein grundrechtskonformes Vorgehen bemüht waren. Dem Gesetzgeber und dem Verordnunggeber ist zuzugestehen, dass die Rechtssetzung in der Krisenzeit von großer Dringlichkeit und Eile geprägt war, und es kann ihnen auch keineswegs unterstellt werden, die Grundrechte dem Gesundheitsschutz schlechthin preisgegeben zu haben. Allerdings können weder das „**Bemühen**“ des Normgebers um grundrechtskonforme Regelungen noch bei der Rechtssetzung etwa herrschender **Zeitdruck** zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen beitragen. Die Grundrechtskonformität einer Regelung hängt nämlich nicht vom subjektiven Verhalten ihres Urhebers, sondern von ihrem objektiven Gehalt ab.⁴⁵ Die grundrechtlichen Maßstäbe verändern sich in dieser Hinsicht also nicht.

VI. BEOBACHTUNGS- UND ANPASSUNGSPFLICHT („NACHBESSERUNGSPFLICHT“) DES NORMGEBERS

In der Rsp des VfGH zu Art 7 B-VG ist anerkannt, dass eine gesetzliche Regelung durch die Nichtanpassung an geänderte sachliche Erfordernisse verfassungswidrig werden kann, wenn sich die Maßstäbe für die Sachbezogenheit dieser Regelung im Laufe der Zeit ändern.⁴⁶ Gleichmaßen invalidieren Verordnungen, wenn der Grund zu ihrer Erlassung inzwischen weggefallen oder sonst eine Änderung des Sachverhalts eingetreten ist, mögen sie auch im Zeitpunkt ihrer Erlassung gesetzmäßig gewesen sein.⁴⁷ Daraus folgt eine – allenfalls etappenweise⁴⁸ – „**Nachbesserungspflicht**“ des Gesetzgebers,⁴⁹ deren Verletzung zur Invalidation der Gesetzesbestimmung führt, und mutatis mutandis eine entsprechende **Beobachtungs- und Anpassungspflicht** des Verordnunggebers.^{50, 51}

Dieselben Maßstäbe gelten im COVID-19-Recht. Die Beobachtungspflicht des Normgebers umfasst hier insb auch die Verpflichtung, das Wissen über das Coronavirus zu mehrern, weil gerade davon abhängt, welche Grundrechtseingriffe weiterhin als erforderlich anzusehen sind, um eine Eindämmung des Virus ausreichend zu gewährleisten. Sobald entsprechend belastbare medizinische Evidenz vorhanden ist, ist eine (allenfalls etappenweise) Anpassung des COVID-19-Rechts iS einer „**Lockerung**“ der Maßnahmen⁵² (bei sonstiger Invalidation) **verfassungsrechtlich geboten**.

VII. RECHTSKLARHEIT

Abgesehen von der bereits behandelten Problematik, dass der Gesetzgeber die Rechtssetzung in der Krise in (zu?) weitem Umfang auf die Verordnungsebene verlagert hat (s oben Pkt IV.), zeichnet sich das COVID-19-Recht insgesamt nicht eben durch Klarheit aus. Ein eindrucksvolles Beispiel bildet die – praktisch wichtige wie grundrechtssensible – Frage, ob die V des BMSGPK gem § 2 Z 1 des COVID-19-MaßnahmenG, BGBl II 2020/98, private Besuche untersagte oder nicht. Eine teleologische Auslegung des § 2 Z 5 V cit sprach eher dafür,⁵³ eine an Art 4 StGG und Art 8 EMRK orientierte grundrechtsfreundlichere Auslegung eher dagegen. Die Vollzugspraxis ging vielfach von einem Verbot von Privatbesuchen aus und strafte bei Verstößen. Erst viel später – als die V schon nicht mehr in Kraft stand – sprach erstmals das LVwG NÖ aus, dass der „*Aufenthalt in privaten Räumen [. . .] zu keinem Zeitpunkt einem Verbot durch die gegenständliche Verordnung*“ unterlag.⁵⁴ Dem folgte zuletzt auch das VwG Wien, welches ua hervorhob, „*dass die Nichteinhaltung der genannten Bestimmung unter Strafsanktion steht, sodass der einzelne Normunterworfenen bereits zum Zeitpunkt seines Handelns klar erkennen können muss, durch welches Verhalten er sich allenfalls strafbar macht*“.⁵⁵

Damit ist die notwendige **Rechtsklarheit** angesprochen. Schon dem **Rechtsstaatsgebot** der Bundesverfassung wohnen die Postulate der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit inne.⁵⁶ Hinzu tritt – bei strafbewehrten Vorschriften – das (grundrechtliche) **Klarheitsgebot des Art 7 EMRK**. Rechtsklarheit kennt auch im Krisenzustand keine Ausnahme. Vom Normadressaten muss die Abgrenzung des erlaubten vom unerlaubten Verhalten so eindeutig eingesehen werden können, dass jeder berechtigte Zweifel über den Inhalt seines pflichtgemäßen Verhaltens ausgeschlossen ist.⁵⁷ In diesem Zusammenhang sind auch das unübersichtliche Dickicht an quer über die gesamte Rechtsordnung verstreuten Einzelregelungen sowie besonders auch die in der COVID-19-Krise häufig gebrauchten Erlässe kritisch zu sehen,⁵⁸ die mitunter zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt haben.⁵⁹ Kritisch zu sehen ist außerdem, dass der

⁴⁵ Siehe (aus dem Blickwinkel des Art 7 B-VG) VfSlg 10.090/1984 mwN.

⁴⁶ ZB VfSlg 11.641/1988 14.601/1996.

⁴⁷ ZB VfSlg 8212/1977; 19.805/2013.

⁴⁸ Vgl VfSlg 12.180/1989.

⁴⁹ Vgl auch aus deutscher Sicht *Badura*, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur „Nachbesserung“ von Gesetzen, in FS Eichenberger (1982) 481 (484 ff).

⁵⁰ ZB VfSlg 19.805/2013.

⁵¹ Zum Ganzen bereits *Fister*, Intertemporales Recht 176 f mwN (Habilitation Wien 2019).

⁵² So die Terminologie der COVID-19-LockerungsV (COVID-19-LV), BGBl II 2020/197 idF BGBl II 2020/266.

⁵³ Siehe dazu *Fister et al*, Newsletter #3, 4 f.

⁵⁴ LVwG NÖ 12. 5. 2020, LVwG-S-891/001 – 2020.

⁵⁵ VwG Wien 5. 6. 2020, VGW-031/047/5718/2020.

⁵⁶ VfSlg 12.184/1989.

⁵⁷ VfSlg 14.319/1995; 17.479/2005.

⁵⁸ Siehe im Überblick <https://www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus—Rechtliches.html> (abgefragt am 8. 6. 2020).

⁵⁹ Siehe am Beispiel des Besuchsverbots in Krankenanstalten sowie Alten- und Pflegeheimen *Fister et al*, Newsletter #3, 16 f.

Vollziehung durch unklare Rechtsgrundlagen (zu?) weitgehende Spielräume eingeräumt werden, und das gerade bei grundrechtssensiblen („eingriffsnahen“) Maßnahmen (s dazu bereits oben Pkt IV.).

Bestehende Rechtsunklarheiten schließen im Lichte des Art 7 EMRK zumindest eine Bestrafung aus.⁶⁰ Daraus folgt zugleich, dass ein Zustand der Rechtsunsicherheit auch den **Erfolg der Maßnahmen** zur Eindämmung der COVID-19-Verbreitung **gefährdet**. Wenn nicht jedermann auf den ersten Blick klar ist, was er zu tun und was er zu unterlassen hat, kann dies die Effektivität der zum Gesundheitsschutz ergriffenen Maßnahmen nachhaltig beeinträchtigen. Auf diese Weise ist Rechtsunklarheit gerade auch unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes problematisch.

VIII. KONTROLLE

Der vorliegende Beitrag wurde am 8. 6. 2020 abgeschlossen, also gerade an jenem Tag, an dem die Beratungen des VfGH in der Juni-Session zum COVID-19-Recht aufgenommen wurden.⁶¹ Die gravierenderen Grundrechtseinschränkungen, die die erste Zeit der COVID-19-Krise geprägt haben,⁶² sind schon länger außer Kraft getreten. Der VfGH wird über ihre Rechtmäßigkeit erst im Nachhinein befinden können. Dies geschieht zwar auch sonst mit gewisser Regelmäßigkeit und erscheint insoweit nicht ungewöhnlich, es hat aber gerade im Angesicht der Gravität der Grundrechtseinschränkungen durch das COVID-19-Recht die Debatte neu entfacht, ob ein **Eilverfahren vor dem VfGH** benötigt wird, um entsprechend effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.

In Deutschland verfügt das BVerfG über die Möglichkeit, einstweilige Anordnungen zu erlassen, mit denen gegebenenfalls die Anwendung eines Gesetzes ganz oder teilweise ausgesetzt werden kann (vgl § 32 iVm § 93d Abs 2 BVerfGG). Wollte man rechtspolitisch ein ähnliches Modell für den VfGH andenken,⁶³ so würde ein Eilverfahren der dargelegten Art wohl auch hier nicht darauf hinauslaufen können, eine abschließende Entscheidung vorwegzunehmen, sondern es würde nur auf der Grundlage einer **Folgenabwägung** darüber entschieden werden, ob es zum Schutz öffentlicher Interessen (hier: dem Gesundheitsschutz) eher hinnehmbar ist, den Grundrechtseingriff weiter aufrechtzuerhalten, oder ob umgekehrt der Gesundheitsschutz im Einzelfall hinter der (zu weitgehenden) grundrechtsbeschränkenden Maßnahme zurückstehen muss.⁶⁴ Der VfGH würde bei dieser sensiblen Abwägung wahrscheinlich ähnlich zurückhaltend agieren wie das BVerfG, was das Außer-Vollzug-Setzen von COVID-19-Maßnahmen betrifft, weil im Rahmen der Folgenabwägung der drohende exponentielle Anstieg der Ausbreitung des Coronavirus eben entsprechendes Gewicht hat.⁶⁵ Vereinzelt hatten Anträge vor dem BVerfG aber durchaus auch Erfolg.⁶⁶

Es geht aber letztlich gar nicht so sehr darum, wie viele Eilanträge tatsächlich Erfolg hätten. Allein die Tatsache

nämlich, dass eine **sofortige Kontrolle** von Maßnahmen durch den VfGH **möglich** ist und diese Kontrolle notwendigenfalls auch sofort – durch einstweilige Anordnungen – **effektuiert** werden **könnte**, würde den Normgeber zu größerer Sorgfalt anhalten als inmitten des gegenwärtigen Rechtszustands, in dem die verfassungsgerichtliche Kontrolle regelmäßig erst sehr viel später stattfindet und somit der Normgeber mit seinen Anordnungen zumindest auf gewisse Dauer erreichen kann, was immer er zu erreichen bezweckt.

Ein Eilverfahren vor dem VfGH wäre somit zwar keine Wunderwaffe gegen Grundrechtsverletzungen, allemal aber ein Element, das präventiv zu größerer Sorgfalt und Grundrechtsfreundlichkeit bei COVID-19-Maßnahmen beitragen und im gravierenden Einzelfall eben doch zum Außer-Vollzug-Setzen von evident zu weit gehenden Grundrechtseinschränkungen führen könnte.

IX. „LERNPFLICHT“ DES GRUNDRECHTSSTAATES

Grundrechte müssen sich auch und gerade in Krisenzeiten bewähren. Die COVID-19-Krise hat den Grundrechtsstaat vor große Herausforderungen gestellt, die er letztlich gewiss bewältigen wird; die Grundrechte werden sich vielleicht spät, aber doch behaupten. Das soll jedoch nicht heißen, dass es beim nächsten Mal nicht besser laufen könnte und müsste. Der Gesetzgeber musste in der COVID-19-Krise vielfach Neuland betreten, sein Gestaltungsspielraum bei der Krisenbewältigung war entsprechend größer. Einen vergleichbaren „Neulandbonus“ gibt es beim nächsten Mal – etwa bei einer zweiten Infektionswelle – aber nicht mehr, die grundrechtlichen Maßstäbe werden insoweit also strenger. Anders gewendet: Den Grundrechtsstaat trifft die Pflicht, aus der COVID-19-Krise zu lernen.

⁶⁰ VfSlg 14.319/1995.

⁶¹ https://www.vfgh.gv.at/medien/Vorschau_Juni-Session.de.php (abgefragt am 8. 6. 2020).

⁶² Siehe etwa die oben zitierten Verordnungen auf der Grundlage des COVID-19-MaßnahmenG.

⁶³ In Verfahren nach Art 139 und Art 140 B-VG ist die Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung derzeit nicht vorgesehen; vgl etwa VfGH 26. 2. 2018, G 17/2018 ua.

⁶⁴ Ähnliche Überlegungen spielen derzeit nur gem § 85 Abs 2 VfGG und gem § 20a VfGG eine Rolle; vgl Eberhard in Eberhard/Fuchs/Kneiß/Vašek (Hrsg), VfGG-Kommentar (2020) § 20a Rz 4 und § 85 Rz 9 ff.

⁶⁵ Vgl BVerfG 7. 4. 2020, 1 BvR 755/20; 10. 4. 2020, 1 BvQ 28/20; 10. 4. 2020, 1 BvR 762/20; 28. 4. 2020, 1 BvR 899/20; 29. 4. 2020, 1 BvQ 47/20; 1. 5. 2020, 1 BvQ 42/20; 16. 5. 2020, 1 BvQ 55/20; 11. 6. 2020, 1 BvQ 66/20.

⁶⁶ Vgl BVerfG 15. 4. 2020, 1 BvR 828/20 (Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen Versammlungsverbot teilweise erfolgreich).