

Verfassungsrechtliche Aspekte ausgewählter Tiroler Corona-Maßnahmen

Florian Klebelsberg,* Innsbruck

Abstract: Für das Bundesland Tirol wurden im Zuge der Corona-Pandemie mehrfach besondere Maßnahmen von Bundes- und Landeseite erlassen. Im März 2020 wurden die österreichweit ersten Maßnahmen in Tirol gesetzt; als wenig später bundesweite Beschränkungen verhängt wurden, waren diese in Tirol strenger formuliert. Rund ein Jahr nach Beginn der Ausbreitung von COVID-19 in Österreich wurde Tirol erneut gesondert behandelt, indem für fast den gesamten Teil des Landesgebiets eine Ausreisetestpflicht festgelegt wurde. All diesen Maßnahmen ist gemein, dass sie selbst sowie deren Rechtsgrundlagen bei näherer Betrachtung einige verfassungsrechtliche Fragen und potenzielle Probleme aufweisen. Nicht zuletzt befasste sich auch der VfGH mit einigen dieser Tiroler Maßnahmen und stellte deren Gesetzwidrigkeit fest. Wenngleich sich eine derartig klare Aussage nicht für alle der behandelten Maßnahmen treffen lässt, so werfen diese doch Fragen auf, die es zu untersuchen gilt.

Keywords: Aufenthaltsbeschränkung, Ausreisebeschränkung, Ausreisetestpflicht, Bestimmtheitsgebot, Betreten öffentlicher Orte, Corona, Corona-Pandemie, Coronavirus, COVID-19, COVID-19-Maßnahmengesetz, COVID-19-Virusvariantenverordnung, Determinierungsgebot, Einreisebeschränkung, Epidemie, Epidemiegesetz, Gemeindegrenzen, Kaskadenregelung, mittelbare Bundesverwaltung, Pandemie, partikuläres Bundesrecht, Quarantäne, Regel-Ausnahme-Verhältnis, Veranstaltungsverbot, verkehrsbeschränkende Maßnahmen, Verlassen des eigenen Wohnsitzes, Virusvarianten

I. Einleitung

Lässt man die nun in Österreich schon seit über einem Jahr¹ grassierende Corona-Pandemie sowie die zu deren Bekämpfung gesetzten Maßnahmen Revue passieren, so lassen sich bezogen auf das Bundesland Tirol einige Besonderheiten im Vergleich zum Rest Österreichs feststellen. Zum einen betrifft dies das infektiologische Geschehen: Am 28.01.2020 stellte sich durch einen positiven Corona-Test nachträglich heraus, dass sich die erste Covid-19-Patientin Österreichs vom 24.01.2020 bis zum 26.01.2020 in der Gemeinde Kühtai im Bezirk Imst

* Mag. Florian Klebelsberg ist Universitätsassistent am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck.

¹ Der vorliegende Beitrag wurde am 26.04.2021 abgeschlossen.

aufgehalten hatte;² nachdem am 25.02.2020 zwei weitere Corona-Erkrankungen in Innsbruck festgestellt wurden,³ geriet in weiterer Folge das Infektionsgeschehen in der Gemeinde Ischgl im Bezirk Landeck in die internationalen Schlagzeilen. Gerade zu Beginn der Ausbreitung von COVID-19 in Österreich wies Tirol im Vergleich zu den anderen Bundesländern höhere Erkrankungszahlen und Zuwachsraten auf.⁴ Während sich im weiteren Verlauf des Jahres 2020 das Pandemiegeschehen in Tirol ohne besondere regionale Unterschiede im Vergleich zum Rest Österreichs entwickelte, sorgte Anfang 2021 das gehäufte Auftreten der „südafrikanischen“ und „britischen“ Virusvarianten in Tirol erneut für Aufsehen.

Neben diesen Unterschieden im Pandemieverlauf weisen insbesondere auch die in Tirol gesetzten Maßnahmen⁵ im Vergleich zum Rest Österreichs Besonderheiten auf: Nach ersten lokalen Maßnahmen in der Gemeinde Ischgl wurden im März 2020 zunächst einzelne Gemeinden im Paznauntal und am Arlberg sowie später das gesamte Landesgebiet durch mehrere ineinander greifende Maßnahmen unter Quarantäne gestellt;⁶ im Frühjahr 2021 wurde eine Testpflicht beim Verlassen Nordtirols bzw. später des gesamten Tiroler Landesgebiets verordnet. Auch waren die Maßnahmen, welche das Bundesland Tirol betrafen, Gegenstand von insgesamt drei VfGH-Erkenntnissen.⁷ Diese „Tiroler“ Corona-Maßnahmen sollen im Rahmen dieses Beitrags behandelt und auf verfassungsrechtliche Problematiken hin untersucht werden.

II. Maßnahmen auf Grundlage des Epidemiegesetzes

A. Das Epidemiegesetz als Rechtsgrundlage für Corona-Maßnahmen

Anfang des Jahres 2020 gab es in Österreich noch keine gesetzliche Grundlage, die den BMGSPK, die LH oder die Bezirksverwaltungsbehörden zum Setzen von wirksamen und landes- bzw. bundesweit einheitlichen Maßnahmen gegen eine Ausbreitung des Coronavirus ermächtigt hätten: Das EpiG⁸ sah zwar in seiner damaligen Fassung⁹ für die in § 1 Abs 1 EpiG

² Bericht der unabhängigen Expertenkommission: Management COVID-19-Pandemie Tirol (2020) <https://www.tirol.gv.at/fileadmin/presse/downloads/Presse/Bericht_der_Unabhaengigen_Expertenkommission.pdf> (abgefragt am 26.04.2021) 13.

³ Tiroler Tageszeitung vom 26.02.2020, Coronavirus hat Tirol erreicht: Erkrankte in Klinik isoliert, 62 Personen aus Hotel Europa getestet, <<https://www.tt.com/artikel/16680035/coronavirus-hat-tirol-erreicht-erkrankte-in-klinik-isoliert-62-personen-aus-hotel-europa-getestet/>> (abgefragt am 26.04.2021).

⁴ Vgl die Äußerung des Tiroler LH bei VfGH 10.12.2020, V 535/2020-17 Rz 14, der als mögliche Gründe für die spezielle Situation in Tirol insbesondere den starken Wintertourismus sowie die geographische Nähe zum von der Pandemie schwer betroffenen Norditalien anführte.

⁵ Dieser Beitrag befasst sich ausschließlich mit generellen Maßnahmen, insbesondere mit Verordnungen der Tiroler Bezirksverwaltungsbehörden, des Tiroler LH sowie des BMSGPK.

⁶ Während mittlerweile die Corona-Maßnahmen zunehmend regionaler gesetzt bzw. gelockert oder verschärft werden, stellten derartige Sonderregelungen für ein Bundesland Anfang 2020 in Österreich noch die Ausnahme dar. Zur „Regionalisierung“ der Maßnahmen im weiteren Verlauf der Pandemie s. Gamper, Herausforderungen des österreichischen Föderalismus in der Coronakrise, in *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen (EZFF)* (Hrsg), Jahrbuch des Föderalismus 2021 (im Druck).

⁷ VfGH 10.12.2020, V 512/2020-12; VfGH 10.12.2020, V 535/2020-17; VfGH 25.02.2021, V 570/2020-13.

⁸ Epidemiegesetz 1950 (EpiG), BGBl 1950/186 idF BGBl I 2021/64.

⁹ IdF BGBl I 2018/37. Die erste coronabedingte Novellierung des EpiG erfolgte am 21.03.2020 im Rahmen des 2. COVID-19-Gesetzes (BGBl I 2020/16); in weiterer Folge wurde das EpiG bis zum heutigen Tag durch das 3. (BGBl I 2020/23) und 16. COVID-19-Gesetz (BGBl I 2020/43), zwei weitere Novellen durch BGBl I 2020/62 und BGBl I 2020/103 sowie die Kundmachung des Bundeskanzlers über die Aufhebung einer Bestimmung durch den VfGH (BGBl I 2021/64) weitere fünf Male novelliert.

aufgezählten Krankheiten eine Anzeige- bzw Meldepflicht sowie verschiedene Maßnahmen zu deren Verhütung und Bekämpfung vor, die zum damaligen Zeitpunkt neuartige Krankheit COVID-19 war (und ist bis zum heutigen Tag) in dieser Bestimmung allerdings nicht angeführt.¹⁰

Der erste Schritt zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Setzung von Maßnahmen gegen eine Ausbreitung des Coronavirus wurde am 26.01.2020 gesetzt, indem der BMSGPK gestützt auf § 1 Abs 2 EpiG per Verordnung¹¹ Verdachts-, Erkrankungs- und Todesfälle an COVID-19 der Anzeigepflicht nach dem EpiG unterwarf. Dadurch hatten die Bezirksverwaltungsbehörden ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, verschiedene Bestimmungen des EpiG als Rechtsgrundlage für allfällige Verordnungen zur Verhinderung der Weiterverbreitung von COVID-19 heranzuziehen, die an eine solche Anzeige- bzw Meldepflicht anknüpfen. In weiterer Folge sind in diesem Zusammenhang folgende vier Bestimmungen relevant: § 15 EpiG eröffnete die Möglichkeit, Veranstaltungen, welche mit einem Zusammenkommen größerer Menschenmengen verbunden sind, zu untersagen, gemäß § 20 EpiG konnten zur Verhinderung einer Weiterverbreitung Betriebsschließungen vorgenommen werden. § 24 EpiG ermöglichte es, die Bewohner von Epidemiegebieten Verkehrsbeschränkungen zu unterwerfen, § 26 EpiG schließlich sah die Möglichkeit vor, Sondervorschriften für den Betrieb öffentlicher Verkehrsanstalten zu treffen.¹² All diesen Vorkehrungen war gemein, dass sie gem § 43 Abs 4 EpiG Aufgabe der Bezirksverwaltungsbehörden waren.

Am 28.02.2020 wurde durch eine weitere Verordnung des BMSGPK¹³ die Möglichkeit geschaffen, die in § 20 EpiG vorgesehenen Betriebsbeschränkungen oder Schließungen gewerblicher Unternehmungen auch beim Auftreten von COVID-19 zu verhängen; diese weitere Verordnung war im Hinblick auf die Ermöglichung derartiger Maßnahmen erforderlich, weil die in § 20 EpiG geregelten Betriebsbeschränkungen – anders als die Maßnahmen nach §§ 15, 24 und 26 EpiG – nicht beim Auftreten sämtlicher anzeigepflichtiger Krankheiten, sondern nur im Zusammenhang mit den in § 20 Abs 1 EpiG aufgezählten Erkrankungen verhängt werden konnten. § 20 Abs 4 EpiG ermächtigte jedoch den BMSGPK, per Verordnung weitere anzeigepflichtige Krankheiten den Regelungen des § 20 zu unterwerfen; ebendiese Ermächtigung lag der Verordnung vom 28.02.2020 zugrunde.

¹⁰ In § 1 Abs 1 Z 1 EpiG wird zwar der Erreger MERS-CoV als „neues Corona-Virus“ bezeichnet, gemeint ist damit aber nicht das Ende 2019 erstmals aufgetretene Coronavirus, sondern der zuletzt 2016 aufgetretene MERS-CoV-Erreger. Vgl dazu *Leissler, EpidemieG und COVID-19-MaßnahmenG: Maßnahmen und Entschädigungen*, ecolex 2020, 286 (286).

¹¹ Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz betreffend anzeigepflichtige übertragbare Krankheiten 2020, BGBl II 2020/15.

¹² Eine weitere zentrale Bestimmung, welche für die in diesem Beitrag behandelten Maßnahmen zwar nicht weiter relevant ist, aber dennoch der Vollständigkeit halber erwähnt werden soll, stellt § 25 EpiG dar. Diese Bestimmung ermächtigt den BMSGPK dazu, per VO Verkehrsbeschränkungen gegenüber dem Ausland (wie insbesondere Maßnahmen bei der Einreise aus Risikogebieten) zu verhängen.

¹³ Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der die Verordnung betreffend die Betriebsbeschränkung oder Schließung gewerblicher Unternehmungen bei Auftreten von Infektionen mit SARS-CoV-2 („2019 neuartiges Coronavirus“) erlassen und die Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 26. Juni 1957 über die Beförderung von Personen, die mit übertragbaren Krankheiten behaftet oder solcher Krankheiten verdächtig sind, geändert wird, BGBl II 2020/74.

B. Erste Maßnahmen in der Gemeinde Ischgl

Als erste Maßnahme zur Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 in Tirol wurde am 10.03.2020 von der BH Landeck auf Grundlage von § 24 EpiG eine Verordnung¹⁴ erlassen, mit welcher Verkehrsbeschränkungen im Gemeindegebiet von Ischgl verfügt wurden. Die Verordnung sah zu diesem Zweck zwei Maßnahmen vor: Zum einen wurde für alle öffentlichen Verkehrsmittel (insbesondere für Schibusse sowie geschlossene Liftanlagen) die höchstzulässige Beförderungskapazität halbiert, zum anderen wurden sämtliche gewerberechtlich bewilligten Après-Ski-Lokale angehalten, den Après-Ski-Betrieb unverzüglich einzustellen. Verstöße gegen diese Maßnahmen wurden zur Verwaltungsübertretung gem § 40 EpiG erklärt. Bereits am 12.03.2020 wurde in Ergänzung zur ersten Verordnung auf Grundlage von §§ 15 und 24 EpiG eine weitere Verordnung der BH Landeck¹⁵ erlassen, welche diese Beschränkungen deutlich verschärft: Die Beförderung mit Schibussen und Seilbahnen wurde nun generell verboten, ebenso der Besuch von Gastgewerbebetrieben, die rein der Unterhaltung dienende Aktivitäten anbieten, wobei dieses Verbot sowohl inner- als auch außerhalb der Betriebsräume galt. Explizit ausgenommen von diesem Verbot waren Gastgewerbebetriebe, deren Schwerpunkt auf der Verabreichung von Speisen lag und deren Betrieb somit der Grundversorgung der Bevölkerung diente. Diese Maßnahme bezog sich wohl wie schon die erste Verordnung in erster Linie auf Après-Ski-Lokale, anders als noch in der Verordnung vom 10.03.2020 wurde jedoch in der neuen Vorschrift nicht nur der Betrieb, sondern auch der Besuch eines solchen Lokals zur Verwaltungsübertretung erklärt, was zu einer gesteigerten Effektivität der Maßnahme geführt haben dürfte.

Zu beachten ist bei dieser zweiten Verordnung auch der Zeitpunkt ihres Inkrafttretens: Die Verordnung sah vor, dass sie am Tag der Kundmachung an der Amtstafel der Gemeinde Ischgl in Kraft trete; diese Kundmachung erfolgte jedoch erst am 14.03.2020.¹⁶ Da einerseits § 60 Abs 1 TGO¹⁷ den Bürgermeister zur unverzüglichen Kundmachung aller an die Allgemeinheit gerichteten Mitteilungen – worunter auch die vorliegende Verordnung der BH fällt – verpflichtet, andererseits wohl auch aus dem Ziel der Verordnung – der Verhinderung der weiteren Verbreitung von COVID-19 – hervorgeht, dass diese ehestmöglich in Kraft treten solle, hätte die Verordnung wohl früher (zumindest am 13.03.2020) vom Ischglern Bürgermeister kundgemacht werden müssen.¹⁸

C. Veranstaltungsverbote als erste Landesmaßnahme?

Nach der ersten, aber noch vor der zweiten Verordnung für die Gemeinde Ischgl wurden in Tirol die ersten landesweiten Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus am 11.03.2020 gesetzt, indem die acht Tiroler Bezirkshauptmannschaften sowie die Landeshauptstadt Innsbruck neun jeweils gleichlautende Verordnungen¹⁹ erließen, mit welchen das Zusammenkommen größerer Menschenmengen verhindert werden sollte. Zu

¹⁴ GZ LA-KAT-COVID-EPI/57/1-2020.

¹⁵ GZ LA-KAT-COVID-EPI/57/3-2020.

¹⁶ Bericht der unabhängigen Expertenkommission 79.

¹⁷ Gesetz vom 21. März 2001 über die Regelung des Gemeindewesens in Tirol (Tiroler Gemeindeordnung 2001 – TGO), Tiroler Gesetzblatt 2001/36 idF Tiroler Gesetzblatt 2020/116.

¹⁸ Bericht der unabhängigen Expertenkommission 80.

¹⁹ Kundgemacht im Boten für Tirol vom 11. März 2020, Stück 10a, Nr 110-118.

diesem Zweck wurden Veranstaltungen, bei welchen außerhalb geschlossener Räume mehr als 500 sowie innerhalb geschlossener Räume mehr als 100 Personen zusammenkommen, generell untersagt. Insbesondere erfasst von diesem Verbot waren dabei Veranstaltungen in Betrieben, Unternehmen, Schulen, im hochschulischen Betrieb, Kindergärten, Pflegeheimen, zu religiösen Zwecken oder in touristischen Einrichtungen und Sehenswürdigkeiten. Eine Reihe von Versammlungen war von diesem Verbot ausgenommen, um unbedingt notwendige Zusammentreffen weiterhin zu ermöglichen;²⁰ so waren etwa Zusammenkünfte allgemeiner Vertretungskörper, in Einrichtungen zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung oder im Zusammenhang mit der Befriedigung der Grundbedürfnisse (wie der Lebensmittelhandel oder auch die Gastronomie) weiterhin erlaubt. Die Verordnungen traten am 12.03.2020 in Kraft und sollten mit 03.04.2020 wieder außer Kraft treten.

Während diese Maßnahmen, welche von den Bezirksverwaltungsbehörden auf Grundlage von § 15 EpiG gesetzt wurden, auf den ersten Blick vielleicht Maßnahmen des Landes zu sein scheinen, handelt es sich dabei doch bei näherer Betrachtung um solche des Bundes – konkret des BMSGPK. Vorausgegangen war den Verordnungen nämlich ein Erlass des BMSGPK vom 10.03.2020 an alle Landeshauptleute,²¹ mit welchem die Bezirksverwaltungsbehörden angewiesen wurden, die beschriebenen Veranstaltungsverbote zu verhängen. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei diesem Erlass mangels Außenwirkung – er ist an die Landeshauptleute und nicht an die Rechtsunterworfenen adressiert – um keine Rechts-, sondern um eine Verwaltungsverordnung handelt. Formell handelt es sich dabei somit um eine generelle Weisung, die lediglich die dem BMSGPK im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung nachgeordneten Verwaltungsorgane, die LH und Bezirksverwaltungsbehörden, bindet.²² Materiell betrachtet entfaltet dieser Erlass allerdings sehr wohl mittelbare Außenwirkungen,²³ indem er durch seine imperative Formulierung („Die mit der Vollziehung des Epidemiegesetzes 1950 betrauten Bezirksverwaltungsbehörden [...] werden durch diesen Erlass angewiesen“) und seine detaillierten Vorgaben zu den zu erlassenden Verboten²⁴ im Endeffekt doch allgemein gegenüber einer Vielzahl von Personen wirkt – den Bezirksverwaltungsbehörden wurde durch den Erlass die Entscheidung abgenommen, ob und welche Maßnahmen sie zu verhängen hatten. Letztlich kommt es bei der Frage, ob eine generelle Anordnung eines Verwaltungsorgans materiell eine Rechts- oder „nur“ eine Verwaltungsverordnung darstellt, somit weniger auf formelle Kriterien wie den Adressatenkreis, die Bezeichnung oder die Art der Kundmachung, sondern vielmehr auf

²⁰ *Heissenberger*, Rechtliche Maßnahmen zur Bewältigung von COVID-19, ÖJZ 2020, 440 (442).

²¹ GZ 2020-0.172.682. Mediale Aufmerksamkeit erregte vor allem die Abänderung dieses Erlasses mit dem sogenannten „Oster-Erlass“ des BMSGPK (GZ 2020-0.201.688) vom 01.04.2020, mit welchem die Vorgaben des ersten Erlasses nochmals verschärft wurden, indem Zusammenkünfte von mehr als fünf Personen in geschlossenen Räumen untersagt werden sollten. Am 06.04.2020 schließlich wurden die beiden Erlässe durch einen dritten Erlass (GZ 2020-0.221.712) aufgehoben.

²² *Bußjäger/Bundschuh-Rieseneder*, Der rechtliche Rahmen regional differenzierter COVID-19-Bekämpfung, ZfG 2020, 120 (121); *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019) Rz 116 und 298; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 370 und 935.

²³ Vgl auch *Heissenberger*, ÖJZ 2020, 442.

²⁴ Die im Erlass vorgegebenen Maßnahmen wurden auch wortgleich von den BH in ihre Verordnungen übernommen.

inhaltliche Aspekte an – insbesondere darauf, ob durch die Anordnung (unmittelbar oder mittelbar) subjektive Rechte der Rechtsunterworfenen geregelt werden sollen.²⁵

Derartige Verwaltungsverordnungen mit lediglich mittelbarer Drittirkung sind aus verfassungsrechtlicher Sicht unproblematisch: Dadurch, dass deren Inhalt erst in Verordnungen umgegossen werden muss, können diese auch vom VfGH überprüft werden. Anders verhält es sich jedoch mit formellen Verwaltungsverordnungen, welche materiell unmittelbare Rechtswirkungen für die Rechtsunterworfenen entfalten. Diese wurden vom VfGH mehrfach als Rechtsverordnungen qualifiziert,²⁶ was im Wesentlichen zwei Folgen nach sich zog: Zum einen ist eine solche materielle Rechtsverordnung der Verordnungsprüfung durch den VfGH gem Art 139 B-VG zugänglich – für Verwaltungsverordnungen (die ja keine „Verordnungen“ im eigentlichen Sinn, sondern generelle Weisungen darstellen) besteht ansonsten keine Überprüfungsmöglichkeit durch den VfGH –, zum anderen könnte eine solche Verordnung mangels der für Rechtsverordnungen vorgeschriebenen Kundmachung im zweiten Teil des BGBI gem § 4 Abs 1 Z 3 BGBIG²⁷ aufgrund eines Kundmachungsmangels als gesetzwidrig aufgehoben werden.²⁸

Während die Maßnahmensetzung über mit mittelbarer Drittirkung ausgestattete Erlässe somit aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Probleme aufwirft, ist sie dennoch nicht gänzlich unproblematisch. Ergeben sich bei der Prüfung eines solchen Erlasses inhaltliche Mängel,²⁹ hat dies auf die erlassenen Verordnungen zunächst keine Auswirkungen – diese verfügen ja nach wie vor über eine geeignete Rechtsgrundlage, da sie auf § 15 EpiG und nicht unmittelbar auf den Erlass gestützt waren. Dennoch wären die einzelnen Verordnungen auch mit denselben Problemen wie der Erlass behaftet gewesen und hätten in der Folge einzeln geprüft sowie gegebenenfalls aufgehoben werden müssen. Auch an dieser umständlichen Vorgangsweise zeigt sich, dass ein Erlass eines BM an die ihm nachgeordneten Bezirkshauptmannschaften jedenfalls kein optimales Instrument zur Setzung von das gesamte Landes- bzw Bundesgebiet betreffenden Maßnahmen darstellt.

Dass die Veranstaltungsverbote auf diese etwas problematische Art und Weise verhängt wurden, lag wohl daran, dass die damalige Rechtsordnung ansonsten keine andere Rechtsgrundlage für bundesweite coronabedingte Veranstaltungsverbote enthielt. Lediglich auf Landesebene ist der LH gem § 43 Abs 5 EpiG zur Koordinierung und Kontrolle der Maßnahmen der Bezirkshauptmannschaften verpflichtet, wenn diese mehrere politische Bezirke oder gar das gesamte Landesgebiet betreffen. Eine bundesweite Abstimmung der

²⁵ Berka, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 669; Jakab, Was ist und woran erkennt man eine Verwaltungsverordnung?, ZÖR 2017, 169 (177 ff); Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht Rz 395 f; Kucska-Stadlmayer, Die „Verwaltungsverordnung“, in GS Robert Walter (2013) 369 (380 ff); Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ (2020) Art 18 B-VG Rz 18; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht Rz 741 ff.

²⁶ VfSlg 2556/1953, 4759/1964, 5905/1969, 6291/1970, 6422/1971, 8649/1979, 8807/1980, 9416/1982, 10.170/1984, 10.518/1985, 10.607/1985, 11.467/1987, 12.744/1991, 13.021/1992, 13.632/1993, 15.694/1999, 17.244/2004, 17.806/2006.

²⁷ Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 2004 (Bundesgesetzblattgesetz – BGBIG), BGBI I 2012/1 idF BGBI I 2020/24.

²⁸ Berka, Verfassungsrecht Rz 669; Jakab, ZÖR 2017, 172; Muzak, B-VG⁶ Art 18 B-VG Rz 24; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht Rz 743.

²⁹ Auch an dieser Stelle sei noch einmal auf den „Oster-Erlass“ des BMSGPK verwiesen, welcher drei Wochen später die Problematik solcher inhaltlichen Mängel vor Augen führte. Vgl dazu Friedrich, Corona und Grundrechte: Status Quo in Österreich, NLMR 2020, 321 (323 ff); Gamper in EZFF(im Druck); Heissenberger, ÖJZ 2020, 445f; Keisler/Hummelbrunner, Epidemierecht, in Resch (Hrsg), Corona-Handbuch¹⁰⁴ (2021) Rz 30 bei FN 62; Müller, COVID-19-Maßnahmen: Operation gelungen, der Patient ist tot?, in ZfG 2020, 125 (127).

Maßnahmen war nicht vorgesehen, allerdings hatte der LH gem § 43 Abs 6 EpiG den BMSGPK von einem Krankheitsausbruch zu verständigen.

Darüber hinaus ist auch festzuhalten, dass die Bezirksverwaltungsbehörden bereits nach dem Wortlaut von § 15 EpiG („Die Bezirksverwaltungsbehörde hat Veranstaltungen, die ein Zusammenströmen größerer Menschenmengen mit sich bringen, zu untersagen“) auch ohne die ausdrückliche Anordnung per Erlass verpflichtet gewesen wären, derartige Veranstaltungsverbote zu verhängen, sofern dies im Zusammenhang mit einer meldepflichtigen Erkrankung unbedingt erforderlich war. Somit ergibt sich die Verpflichtung zum Setzen der Maßnahmen in diesem Fall nicht ausschließlich aus dem Erlass, wenngleich der BMSGPK den Bezirksverwaltungsbehörden damit die selbstständige Beurteilung der „unbedingten Erforderlichkeit“ sowie die Auswahl der konkreten Maßnahmen abnahm. Trotzdem lässt sich eine über den Gesetzesinhalt hinausgehende inhaltliche Determinierung durch den BMSGPK auch daran erkennen, dass die erlassenen Verordnungen inhaltlich wörtlich den im Erlass vorgegebenen Inhalt wiedergaben.

Mit dem 16. COVID-19-Gesetz³⁰ wurde § 15 EpiG am 14.05.2020 geändert; insbesondere sind nun nicht mehr die Bezirksverwaltungsbehörden zur Entscheidung darüber berufen, ob derartige Veranstaltungsverbote unbedingt erforderlich sind, der BMSGPK kann diese nunmehr direkt per Verordnung verhängen. Dadurch wird dem oben angesprochenen Umstand Rechnung getragen, dass die bisherige Zuständigkeit der Bezirksverwaltungsbehörden für eine allfällige bundesweite Maßnahmensetzung wenig geeignet ist.³¹ Darüber hinaus wurde § 43 EpiG, welcher in Abs 4 eine ausschließliche Zuständigkeit der Bezirksverwaltungsbehörden festlegte, mit dem 3. COVID-19-Gesetz³² um einen neuen Abs 4a ergänzt, der nun den LH zur Erlassung von Verordnungen, welche mehrere politische Bezirke oder das gesamte Landesgebiet betrafen, für zuständig erklärte. Diese Bestimmung wurde in der Folge im Rahmen des 16. COVID-19-Gesetzes erweitert, um für bundesweite Verordnungen den BMSGPK für zuständig zu erklären. Am 26.09.2020 wurde das EpiG um den neuen § 43a erweitert,³³ welcher die (Sonder-)Zuständigkeiten betreffend COVID-19 regelt und somit den allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen des § 43 Abs 4 und 4a vorgeht.³⁴

Letztlich führten diese Änderungen des EpiG dazu, dass im Zuge der Maßnahmensetzung Ende 2020 und Anfang 2021 keine derartigen Veranstaltungsverbote mehr per Erlass verhängt wurden. Auch in etwaigen zukünftigen Pandemien sollte ein solches Vorgehen durch die neuen Zuständigkeitsbestimmungen des § 43 Abs 4a EpiG nicht mehr nötig sein, was aufgrund der angesprochenen Problematik der Maßnahmensetzung per Erlass jedenfalls zu begrüßen ist. Auch die nunmehrige Zuständigkeit des LH für die Erlassung von Verordnungen, welche mehrere politische Bezirke betreffen, scheint sinnvoll: Zum einen ist

³⁰ BGBI I 2020/43.

³¹ IA 484/A BlgNR 27. GP 6; AB 132 BlgNR 27. GP 3.

³² BGBI I 2020/23.

³³ BGBI I 2020/104.

³⁴ Zu § 43a EpiG siehe noch unten IV.B.

ein solches unmittelbares Tätigwerden des LH wohl schneller und effizienter als ein Koordinieren und Kontrollieren gem § 43 Abs 5 EpiG, zum anderen müsste auch in diesem Fall bei einem allfälligen Verordnungsprüfungsverfahren nur die Verordnung des LH und nicht die einzelnen Verordnungen der Bezirkshauptmannschaften separat geprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden.

Was die am 11.03.2020 verordneten Veranstaltungsverbote betrifft, handelte es sich bei diesen funktionell jedenfalls um Bundesmaßnahmen, da das EpiG – wenn auch mittelbar – in Bundesverwaltung vollzogen wird. Gleichzeitig könnte zunächst der Eindruck entstehen, dass es sich bei den Verboten dennoch aus politischer Sicht um „Landesmaßnahmen“ handeln könnte – schließlich waren diese von den BH (und somit von organisatorischen Landesbehörden) erlassen worden und sahen eine landesweit einheitliche Regelung vor. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die Maßnahmen nicht auf Initiative des Landes gesetzt worden waren, sondern dass diesen ein Erlass des BMSGPK zugrunde lag. Somit handelte es sich bei diesen Maßnahmen auch materiell mehr um eine Bundes- als um eine Landesmaßnahme.

D. Verkehrsbeschränkende Maßnahmen der Tiroler Bezirksverwaltungsbehörden

Mit Ablauf des 15.03.2020 traten neun weitere Verordnungen³⁵ gleichen Inhalts in Kraft, mit welchen die Tiroler Bezirksverwaltungsbehörden verkehrsbeschränkende Maßnahmen für den jeweiligen politischen Bezirk verfügten, sodass die Maßnahmen zusammen das gesamte Tiroler Landesgebiet betrafen. Anders als bei den zuvor verordneten Veranstaltungsverboten ging diesen Maßnahmen nun kein Erlass des BMSGPK mehr voraus. Die Koordinierung der neun Verordnungen wurde vom Tiroler Landesamtsdirektor übernommen, um auf diese Weise eine Einheitlichkeit der gesetzten Maßnahmen im gesamten Landesgebiet sicherzustellen.³⁶ Aus diesem Grund können die Verkehrsbeschränkungen materiell als erste landesweit ergriffene Tiroler Maßnahme bezeichnet werden.

Mit den Verordnungen wurden die in der (alten) Verordnung der BH Landeck vom 12.03.2020 verhängten Beschränkungen für die Gemeinde Ischgl nun auch für sämtliche anderen Tiroler Gemeinden übernommen:³⁷ Die Beförderung mit Kursen des Kraftfahrlinienverkehrs, welche der Abwicklung des Schibusverkehrs dienen, sowie mit Seilbahnanlagen wurde verboten; zusätzlich wurde der Besuch von Gastgewerbebetrieben, welche rein der Unterhaltung dienende Aktivitäten anbieten, untersagt. Darüber hinaus waren sämtliche Gastgewerbebetriebe, die touristischen Zwecken dienten (wie Hotels, Restaurants und Bars) zu schließen. Die Verordnung der Landeshauptstadt Innsbruck³⁸ wich dabei in zwei Punkten von den restlichen acht Verordnungen ab: Mit der Hungerburgbahn wurde ein konkretes Beförderungsmittel explizit vom Beförderungsverbot ausgenommen und lediglich eine halbierte maximale Beförderungskapazität verfügt, weil die Bahn zwar als Seilbahnanlage vom grundsätzlichen Verbot erfasst war, im Gegensatz zu „klassischen“ Seilbahnen aber nicht nur der Beförderung von Wintersportlern dient, sondern auch allgemein als öffentliches

³⁵ Kundgemacht im Boten für Tirol vom 14. März 2020, Stück 10b, Nr 119-127.

³⁶ Bericht der unabhängigen Expertenkommission 95.

³⁷ Da die beiden lediglich die Gemeinde Ischgl betreffenden Verordnungen dadurch überflüssig geworden waren, wurden sie von der BH Landeck mit der neuen Verordnung aufgehoben.

³⁸ Bote für Tirol vom 14. März 2020, Stück 10b, Nr 127.

Verkehrsmittel genutzt wird. Zum anderen wurde in Innsbruck auch ein Betretungsverbot für zwei städtische Parkanlagen am Innufer im Bereich der Universität ausgesprochen, da man in diesem Bereich ein Zusammenströmen größerer Menschenmengen befürchtete.

Von der BH Landeck wurde zeitgleich eine weitere Verordnung³⁹ erlassen, welche für das Paznauntal (die Gemeinden Galtür, Ischgl, Kappl und See) und die Gemeinde St. Anton am Arlberg wesentlich strengere Maßnahmen vorsah. Die Zu- und Abfahrt ins Paznauntal und nach St. Anton am Arlberg wurde dadurch grundsätzlich verboten. Ausgenommen davon waren lediglich unbedingt notwendige Fahrten, wie beispielsweise Fahrten der Blaulichtorganisationen, Lebensmitteltransporte, Dienstleistungen im Bereich der Daseinsvorsorge, oder auch individuelle unaufschiebbare Fahrten (vor allem zur medizinischen Behandlung). Eine Sonderregelung wurde dabei für Urlaubsgäste aus dem Ausland getroffen: Diese durften weiterhin die gesperrten Gemeinden verlassen; die Ausreise hatte dabei aber kontrolliert und geordnet zu erfolgen. Insbesondere wurde für die Ausreise ein eigenes Formular benötigt, welches beim Passieren der Gemeindegrenzen vorzuweisen war. Gästen aus Österreich sowie in- und ausländischem Personal der Tourismusbetriebe war die Ausreise allerdings verwehrt.

Den Grund für diese unterschiedliche Behandlung stellte die Rechtsgrundlage der betreffenden Verordnung, § 24 EpiG, dar: In ihrer damaligen Fassung sah die Bestimmung die Verhängung von Verkehrsbeschränkungen lediglich für die „Bewohner“ von Epidemiegebieten vor. Dies wurde dahingehend interpretiert, dass es keine gesetzliche Grundlage gebe, um Urlaubsgäste an der Abreise zu hindern, da diese vom Begriff „Bewohner“ nicht erfasst seien.⁴⁰ Während eine solche wörtliche Auslegung von § 24 EpiG wohl vertretbar ist, kann man jedoch auch – betrachtet man die Bestimmung nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit dem gesamten EpiG – zu einem anderen Schluss kommen: § 6 Abs 1 EpiG legt die generelle Pflicht fest, die zur Verhinderung einer Ausbreitung anzeigepflichtiger Krankheiten „notwendigen Vorkehrungen im Sinne der folgenden Bestimmungen [...] zu treffen“. Da die entsprechenden Maßnahmen daher nicht „gemäß“ oder „nach“ den folgenden Bestimmungen, sondern lediglich „in deren Sinne“ zu setzen sind, ist es wohl auch möglich (wenn nicht sogar angebracht), den Begriff der „Bewohner“ in § 24 EpiG im Sinne des Normzwecks – der Verhinderung der weiteren Ausbreitung der Krankheit – extensiv auszulegen, sodass auch in den betroffenen Gebieten nur vorübergehend aufhältige Urlaubsgäste von diesem erfasst wären.⁴¹ Am 26.02.2021 wurde § 24 EpiG novelliert,⁴² statt der Bezeichnung „Bewohner von Epidemiegebieten“ wird nun die Wortfolge „in Epidemiegebieten aufhältige [...] Personen“ verwendet. Dadurch wurde klargestellt, dass sich die Verkehrsbeschränkungen sehr wohl auch auf in- und ausländische Urlaubsgäste beziehen können,⁴³ wodurch allfällige Unklarheiten bezüglich der Bedeutung des davor verwendeten Begriffs der „Bewohner“ nun aus dem Weg geräumt sind.

³⁹ Bote für Tirol vom 14. März 2020, Stück 10b, Nr 128.

⁴⁰ Bericht der unabhängigen Expertenkommission 133.

⁴¹ Bericht der unabhängigen Expertenkommission 133 und 135.

⁴² BGBl I 2021/33.

⁴³ AB 671 BlgNR 27. GP 3.

Im Ergebnis scheint das Vorgehen der BH Landeck – selbst wenn man deren Interpretation von § 24 EpiG anerkennt – nicht ganz kohärent gewesen zu sein: Während die Differenzierung zwischen Personal und Gästen noch vertretbar ist – die sich eine Saison lang im betreffenden Gebiet aufhaltenden Arbeitnehmer dürften wohl eher „Bewohner“ sein als die für deutlich kürzere Zeit aufhältigen Urlaubsgäste –, leuchtet die unterschiedliche Behandlung von in- und ausländischen Gästen nicht wirklich ein. Wenn Urlaubsgäste keine Bewohner darstellen – diese Ansicht hat die Behörde hier offensichtlich vertreten –, dann muss dies für ausländische und österreichische Gäste gleichermaßen gelten.

Am 15.03.2020 wurden von den Bezirksverwaltungsbehörden weitere Verkehrsbeschränkungen verordnet:⁴⁴ Ohne Unterschied bezogen auf die Staatsangehörigkeit mussten alle Personen, die nicht über einen Haupt- oder Nebenwohnsitz bzw gewöhnlichen Aufenthalt in Tirol verfügten, den jeweiligen politischen Bezirk verlassen. Da diese Verpflichtung in allen neun Verordnungen enthalten war, resultierte daraus im Endeffekt eine Pflicht zum Verlassen des Landesgebiets. Gleichzeitig wurde den in Tirol verbleibenden Personen das Verlassen des eigenen Wohnsitzes untersagt, sofern keine triftigen Gründe zur Deckung von Grundbedürfnissen vorlagen. Gründe für das Verlassen des Wohnsitzes stellten beispielsweise berufliche Tätigkeiten, Arztbesuche, Lebensmitteleinkäufe oder sonstige Handlungen zur Versorgung der Grundbedürfnisse dar.

Am 18.03.2020 wurde durch Verordnung der BH Imst⁴⁵ die Zu- und Abfahrt zur bzw aus der Gemeinde Sölden untersagt. Im Gegensatz zur einige Tage zuvor verhängten Quarantäne über St. Anton und das Paznauntal brachte diese Maßnahme keine so großen Einschnitte mit sich – die allgemeinen Verkehrsbeschränkungen in ganz Tirol waren zu diesem Zeitpunkt ja bereits in Kraft. Die Verschärfung durch diese Verordnung bestand darin, dass die triftigen Gründe, die zum Verlassen des eigenen Wohnsitzes berechtigten, deutlich eingeschränkt wurden; die wenigen Ausnahmen entsprachen den bereits in St. Anton und im Paznaun gewährten. Auch stellte sich hier das Problem nicht mehr, ob sich in- und ausländische Gäste unter den Begriff der „Bewohner“ subsumieren lassen, da diese ohnehin bereits aufgrund der Ausreiseverpflichtung den Ort verlassen mussten.

III. Die VO des Tiroler LH vom 18.03.2020

A. Das COVID-19-Maßnahmengesetz als neue Rechtsgrundlage

Im Zuge der weiteren Ausbreitung von COVID-19 zeigte sich recht bald, dass das EpiG eher ungeeignet als Rechtsgrundlage für weitere Schritte zur Pandemiebekämpfung war, da sich die vorgesehenen Maßnahmen als „nicht ausreichend bzw. zu kleinteilig“⁴⁶ erwiesen hatten. Aus diesem Grund wurde am 15.03.2020 im Rahmen des ersten COVID-19-Gesetzes⁴⁷ das COVID-19-MG⁴⁸ erlassen, welches in weiterer Folge eine passendere Rechtsgrundlage für Corona-Maßnahmen darstellen sollte. Die zentrale Bestimmung dieses Gesetzes, welche eine

⁴⁴ Bote für Tirol vom 15. März 2020, Stück 10c, Nr 129-137.

⁴⁵ Bote für Tirol vom 18. März 2020, Stück 11a, Nr 155.

⁴⁶ IA 396/A BlgNR 27. GP 11.

⁴⁷ BGBl I 2020/12.

⁴⁸ Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG), BGBl I 2020/12 idF BGBl I 2021/33.

Ermächtigung zur Untersagung des Betretens bestimmter Orte enthielt, stellte § 2 COVID-19-MG dar.⁴⁹ Ein solches Betretungsverbot konnte im Wege einer Verordnung verhängt werden, wenn dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich war. Je nachdem, ob sich die Anwendung einer solchen Verordnung auf das gesamte Bundesgebiet, das gesamte Gebiet eines Bundeslandes oder einen politischen Bezirk (bzw Teile davon) erstrecken sollte, waren zu deren Erlassung der BMSGPK (Z 1), der LH (Z 2) oder die Bezirksverwaltungsbehörde (Z 3) zuständig. Die Betretungsverbote konnten auch nur für bestimmte Zeiten festgelegt werden; ebenfalls konnten Ausnahmefälle festgelegt werden, in welchen die betroffenen Orte trotzdem betreten werden durften.

Am 18.03.2020 wurde vom Tiroler LH auf Grundlage von § 2 Z 2 COVID-19-MG eine Verordnung⁵⁰ erlassen, welche die landesweit einheitlichen Verordnungen der Bezirkshauptmannschaften ersetzte, die mit Inkrafttreten der neuen Verordnung von den Bezirksverwaltungsbehörden aufgehoben wurden.⁵¹ Nicht von dieser Verordnung berührt wurden die speziell für die Gemeinden im Paznauntal, St. Anton und Sölden getroffenen Maßnahmen, welche weiterhin in Kraft blieben. Nach einer geringfügigen Novellierung am 19.03.2020⁵² wurde die Verordnung mit geändertem Titel am 20.03.2020 erneut kundgemacht⁵³ und am 27.03.2020 ein weiteres Mal novelliert,⁵⁴ bevor sie am 06.04.2020 aufgehoben wurde.⁵⁵ Mit der Verordnung wurden vier Maßnahmen gesetzt, welche in ihrem Zusammenspiel eine landesweite Quarantäne für Tirol bewirkten: Das Betreten öffentlicher Orte im gesamten Landesgebiet wurde verboten (§ 1), Aufenthalts-, Ein- und Ausreisebeschränkungen für das Landesgebiet wurden verhängt (§ 2), die Zufahrt zu und die Abfahrt aus den Gemeinden wurde allgemein verboten (§ 3) und das Verlassen des eigenen Wohnsitzes wurde untersagt (§ 4). Diese Maßnahmen sollen nun genauer behandelt und auf mögliche verfassungsrechtliche Probleme untersucht werden. Zunächst muss jedoch kurz auf die gesetzliche Grundlage dieser VO – § 2 COVID-19-MG – und auf diesbezüglich mögliche verfassungsrechtliche Probleme eingegangen werden.

B. § 2 COVID-19-Maßnahmengesetz im Hinblick auf das Determinierungsgebot

Im Sommer 2020 befasste der VfGH sich im Rahmen eines Verordnungsprüfungsverfahrens mit der Frage, ob § 2 COVID-19-MG denn in Hinblick auf das Determinierungsgebot des Art 18 Abs 2 B-VG verfassungskonform sei;⁵⁶ kurz nach Inkrafttreten dieser Bestimmung

⁴⁹ Seit der Novellierung des COVID-19-MG Ende September 2020 durch BGBl I 2020/104 findet sich diese Ermächtigung etwas anders formuliert in § 4 leg cit.

⁵⁰ Verordnung des Landeshauptmannes nach § 2 Z 2 des COVID-19-Maßnahmengesetzes, Tir LGBI 2020/33.

⁵¹ Bote für Tirol vom 19. März 2020, Stück 11b, Nr 156-162, 164 und 165.

⁵² Tir LGBI 2020/34.

⁵³ Verordnung des Landeshauptmannes vom 20. März 2020 nach § 2 Z 2 des COVID-19-Maßnahmengesetzes, Tir LGBI 2020/35.

⁵⁴ Tir LGBI 2020/41.

⁵⁵ Tir LGBI 2020/44.

⁵⁶ VfGH 14.07.2020, V 363/2020-25.

waren bereits mehrfach diesbezügliche Bedenken geäußert worden.⁵⁷ Konkret stellte sich die Frage, ob die Verordnungsermächtigung den in § 2 Z 1-3 COVID-19-MG angeführten Verordnungsgebern inhaltlich ausreichende Vorgaben mache und somit das Verwaltungshandeln vorbestimme, oder ob aufgrund eines zu großen Entscheidungsspielraums der Verwaltungsbehörden eine verfassungswidrige formalgesetzliche Delegation vorliege. Da es sich beim COVID-19-MG jedenfalls um ein eingriffsnahe bzw eingriffsensibles Gesetz handelt – der Verordnungsgeber wird dadurch insbesondere zu Eingriffen in den Schutzbereich des Grundrechts auf Freizügigkeit der Person gem Art 4 StGG sowie Art 2 4. ZPEMRK ermächtigt –⁵⁸ gelten in diesem Fall gesteigerte Bestimmtheitserfordernisse.⁵⁹ Gleichzeitig dürfen in diesem Fall aber auch nicht zu strenge Anforderungen an die Vordeterminierung der Vollziehung durch den Gesetzgeber gestellt werden, da eine zu enge Formulierung der Ermächtigungsbestimmung die Vollzugsorgane am in dieser Situation wohl gebotenen flexiblen und raschen Handeln hindern könnte.⁶⁰ Auch die Neuheit und damit verbundene Unbekanntheit von COVID-19 im März 2020 wird geeignet sein, diese Bestimmtheitserfordernisse zumindest etwas abzuschwächen, wobei dieser Faktor im weiteren Pandemieverlauf und dem über die Zeit neu gewonnenen Wissen über die Krankheit an Gewicht verliert.

In den Gesetzesmaterialien wird erläutert, wie der rein vom Wortlaut her etwas unscharfe Begriff der „bestimmten Orte“ zu verstehen sei. Als Beispiele für derartige Orte, für welche ein Betretungsverbot verordnet werden kann, werden Kinderspielplätze, Sportplätze, See- und Flussufer oder konsumfreie Aufenthaltszonen genannt. In der entsprechenden Verordnung gebe es in weiterer Folge drei Möglichkeiten, diese bestimmten Orte zu bezeichnen: Abstrakt (indem eine bestimmte Art von Orten, zB Sportplätze, genannt wird), konkret (durch Bezeichnung bestimmter Bereiche, Ortsgebiete oder Gemeinden) oder in einer Kombination beider Varianten (indem zB Kinderspielplätze in einem bestimmten Bundesland angeführt werden).⁶¹ Diesen beispielhaft angeführten Orten, deren Betreten untersagt werden konnte, war gemein, dass die Nutzung dieser Orte erfahrungsgemäß zum persönlichen Zusammentreffen mehrerer Personen außerhalb der eigenen Wohnung führt,⁶² wodurch ein darauf bezogenes Betretungsverbot geeignet war, den Zweck einer solchen VO – die Verhinderung der weiteren Verbreitung von COVID-19 – zu erfüllen. Gleichzeitig ergab sich auch aus dem Gesetzeswortlaut, dass allfällige Betretungsverbote nur in dem Ausmaß verhängt werden durften, „soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich“ war. Diese „Erforderlichkeit“ der zu verhängenden Maßnahmen stellt wohl die wichtigste Einschränkung und gesetzliche Begrenzung für den jeweiligen Verordnungsgeber dar und limitiert den Regelungsgegenstand der zu erlassenden

⁵⁷ Vgl dazu *Fister*, Grundrechte in der Krise, AnwBl 2020, 406 (408); *Prankl*, COVID-19: Sind die Ausgangsbeschränkungen gesetzwidrig?, ZfG 2020, 58 (62 ff).

⁵⁸ Dazu näher *Denk*, Erste Erkenntnisse des VfGH zur COVID-19 Gesetz- und Verordnungsgebung, in *Resch* (Hrsg), Corona-Handbuch^{1.04} (2021) Rz 32; *Eller/Wachter*, Die Rechtsprechung des VfGH zu den „Corona-Regelungen“ der Bundesregierung, ÖJZ 2021, 12 (16); *Fister*, AnwBl 2020, 408 ff; *Friedrich*, NLMR 2020, 324 f; *Klaushofer/Kneihs/Palmstorfer/Winner*, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus, ZÖR 2020, 649 (695 ff).

⁵⁹ *Berka*, Verfassungsrecht Rz 507; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht Rz 158; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 608.

⁶⁰ VfGH 14.07.2020, V 411/2020-17 Rz 73; *Klaushofer et al*, ZÖR 2020, 761.

⁶¹ IA 396/A BlgNR 27. GP 11.

⁶² VfGH 14.07.2020, V 363/2020-25 Rz 55.

Verordnung auf insgesamt drei Ebenen: Zeitlich, indem die Betretungsverbote für so kurze Zeit (bzw auch nur bestimmte Tageszeiten) wie nötig verhängt werden müssen,⁶³ örtlich, indem die Verbote möglichst lokal begrenzt verhängt werden sollen, und inhaltlich, indem das Betretungsverbot in einer möglichst niedrigen Intensität ausgestaltet sein muss (insbesondere durch das Vorsehen von Ausnahmen vom Verbot)⁶⁴⁶⁵. Aus diesen Anforderungen an die Betretungsverbote ergibt sich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis: Grundsätzlich geht § 2 COVID-19-MG von der Freizügigkeit als „Regelzustand“ aus, ermächtigt die Verordnungsgeber aber, die zeitlich, örtlich und inhaltlich erforderlichen Einschränkungen als Ausnahmen davon festzulegen.⁶⁶

Insgesamt wurde dem Verordnungsgeber somit zwar ein Prognose-, Beurteilungs- und letztlich auch Handlungsspielraum eingeräumt; trotzdem erweist sich die gesetzliche Ermächtigung bei näherer Betrachtung nicht mehr als so weitreichend (und dadurch problematisch) wie es auf den ersten Blick vielleicht scheinen mag. Durch die Beschränkung der Betretungsverbote auf „bestimmte Orte“, deren Erforderlichkeit und das daraus resultierende Regel-Ausnahme-Verhältnis, wonach die Freizügigkeit nach wie vor der ausnahmsweise einzuschränkende „Normalzustand“ bleibt, werden die zu erlassenden Verordnungen doch vom Gesetzgeber inhaltlich so weit vorbestimmt, dass dies den Erfordernissen des Bestimmtheitsgebots des Art 18 Abs 2 B-VG entspricht.⁶⁷

C. Verbot des Betretens öffentlicher Orte

In § 1 Abs 1 der Verordnung des LH vom 18.03.2020 wurde das Betreten öffentlicher Orte im gesamten Landesgebiet generell untersagt. Bereits am 14.07.2020 stellte der VfGH fest, dass ein vom BMSGPK am 15.03.2020 auf Grundlage von § 2 Z 1 COVID-19-MG bundesweit erlassenes Betretungsverbot⁶⁸ gesetzwidrig war.⁶⁹ Wegen der Bedeutung dieses Erkenntnisses für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Maßnahmen des Tiroler LH – diese enthielten ja ebenfalls ein allgemeines Betretungsverbot bzw fußten auf derselben Rechtsgrundlage – sollen dessen wichtigste Punkte im Folgenden kurz zusammengefasst werden.

§ 1 der VO des BMSGPK untersagte generell ein Betreten öffentlicher Orte, wobei § 2 einige Ausnahmen von diesem Verbot enthielt. So waren etwa Betretungen weiterhin erlaubt, die

⁶³ Vgl auch § 2 COVID-19-MG: „Das Betretungsverbot kann sich auf bestimmte Zeiten beschränken“.

⁶⁴ Vgl wieder § 2 COVID-19-MG, wonach in der Verordnung „geregelt werden [kann], unter welchen bestimmten Voraussetzungen oder Auflagen jene bestimmten Orte betreten werden dürfen“.

⁶⁵ Klaushofer et al, ZÖR 2020, 760 f.

⁶⁶ VfGH 14.07.2020, V 363/2020-25 Rz 55; Denk in Resch Rz 31; Eller/Wachter, ÖJZ 2021, 15; Kofler-Schlögl, Die Covid-19-Judikatur des VfGH und deren Folgewirkungen für die Verwaltungsgerichte, ZVG 2020, 353 (360).

⁶⁷ VfGH 14.07.2020, V 363/2020-25 Rz 44 ff; Denk in Resch Rz 33; Eller/Wachter, ÖJZ 2021, 15; Friedrich, NLMR 2020, 326; Heissenberger, ÖJZ 2020, 443; Klaushofer et al, ZÖR 2020, 761.

⁶⁸ § 1 Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl II 2020/98 idF BGBl II 2020/108.

⁶⁹ VfGH 14.07.2020, V 363/2020-25. Dazu Friedrich, NLMR 2020, 326; Holzinger, Die Covid-Judikatur des VfGH – eine verfassungsrechtliche Analyse, ZVG 2020, 344 (348 f); Kofler-Schlögl, ZVG 2020, 359 f; Stöger, Anmerkung zu den VfGH-Erk vom 14.7.2020, RdM 2020, 199 (203).

zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum, zur Betreuung und Hilfeleistung unterstützungsbedürftiger Personen, zur Deckung der notwendigen Grundbedürfnisse oder für berufliche Zwecke erforderlich waren; ebenso war es erlaubt, öffentliche Orte im Freien alleine oder mit im gemeinsamen Haushalt lebenden Personen zu betreten, wobei gegenüber anderen Personen ein Mindestabstand von einem Meter einzuhalten war. Insgesamt war der Ausnahmenkatalog aber restriktiv formuliert, Zweck des Betretungsverbots war es, die Menschen dazu zu bringen, zu Hause zu bleiben.⁷⁰ Bezogen auf dieses sehr weit gefasste Verbot stellt sich nun die Frage, ob sich der vom BMSGPK verwendete Begriff der „öffentlichen Orte“ noch unter die in § 2 COVID-19-MG verwendete Bezeichnung „bestimmte Orte“ subsumieren lässt – andernfalls würde das ausgesprochene Betretungsverbot einer gesetzlichen Grundlage entbehren. Die in den Gesetzesmaterialien zu § 2 COVID-19-MG genannten Beispiele⁷¹ legen zunächst nahe, dass ein Betretungsverbot öffentlicher Orte im Allgemeinen wohl nicht den Verboten entspricht, die der Gesetzgeber bei der Formulierung der Verordnungsermächtigung im Auge hatte: Die in den Materialien beispielhaft angeführten Betretungsverbote betreffen jeweils deutlich „bestimmtere“ Orte. Gleichzeitig wird allerdings im IA auch festgehalten, dass die konkrete Bezeichnung von Orten nur eine Möglichkeit zur Verhängung eines Betretungsverbotes sei; die abstrakte Nennung von Orten schließt wohl auch die Möglichkeit mit ein, das Betreten „öffentlicher Orte“ im Allgemeinen zu untersagen. Ebenfalls spricht die Verwendung des Begriffs „bestimmter“ (statt „einzelner“ oder „vereinzelter“) Orte dafür, dass auch umfassendere Betretungsverbote als die in den Gesetzesmaterialien beispielhaft angeführten nach dem Gesetzeswortlaut möglich wären.⁷²

Eine größere Problematik wirft jedoch die Regelungstechnik der VO des BMSGPK auf: Indem ein allgemeines, bundesweites Betretungsverbot mit nur wenigen Ausnahmen normiert wird – was *de facto* der Verhängung einer Ausgangssperre für ganz Österreich gleichkommt –, wird das Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 2 COVID-19-MG, wonach die Betretungsverbote die Ausnahme vom Grundsatz der Freizügigkeit seien, ins genaue Gegenteil verkehrt. Nicht das Betreten bestimmter Orte wurde durch die VO verboten, vielmehr wurde das grundsätzlich verbotene Betreten öffentlicher Orte nur ausnahmsweise erlaubt. Die Verhängung eines solchen allgemeinen Betretungsverbotes – wenn auch mit Ausnahmen – widersprach jedenfalls der in § 2 COVID-19-MG vorgesehenen Maßnahmensetzung.⁷³ Aus diesem Grund stellte der VfGH fest, dass die VO des BMSGPK wegen Überschreitung der gesetzlichen Grundlage gesetzwidrig war und nicht mehr anzuwenden sei.

Dieses Erkenntnis des VfGH ließ bereits erahnen, dass das vom Tiroler LH verhängte Betretungsverbot öffentlicher Orte wohl ebenfalls die gesetzliche Ermächtigung

⁷⁰ VfGH 14.07.2020, V 363/2020-25 Rz 66.

⁷¹ Siehe oben III.B.

⁷² Fister, AnwBI 2020, 408; Klaushofer et al, ZÖR 2020, 761.

⁷³ VfGH 14.07.2020, V 363/2020-25 Rz 67; Denkin Resch Rz 34; Eller/Wachter, ÖJZ 2021, 15 f. Klaushofer et al, ZÖR 2020, 762 schließen sich der hier vom VfGH vertretenen Ansicht nicht an, da in ihren Augen das § 2 COVID-19-MG unterstellte Regel-Ausnahme-Verhältnis der Teleologie und Systematik des Gesetzes zuwiderläuft, welches ja gerade die Verhängung der erforderlichen (und somit im Falle auch umfassenden) Betretungsverbote ermöglichen soll. Insbesondere weisen sie auch darauf hin, dass die bevorstehenden bundesweiten Ausgangsbeschränkungen zum Zeitpunkt der Erlassung des COVID-19-MG bereits angekündigt und bekannt waren und somit wohl auch vom Gesetzgeber als zulässige (vom Gesetz gedeckte) Maßnahmen angesehen werden mussten. In seiner heutigen Fassung (idF BGBl I 2021/33) differenziert § 1 COVID-19-MG bezogen auf die Betretungsregelungen zwischen „bestimmten Orten“ und „öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit“, wodurch das genannte Regel-Ausnahme-Verhältnis mittlerweile dem Gesetz wohl nicht mehr innewohnen dürfte.

überschreiten dürfte;⁷⁴ umso mehr, da die in Tirol normierten Ausnahmen vom Betretungsverbot noch restriktiver als die bundesweiten Ausnahmen formuliert waren.⁷⁵ Im Sommer 2020 wurden entsprechende Individualanträge, die auch (neben einer Bekämpfung der VO des BMSGPK sowie einzelner Bestimmungen des COVID-19-MG) gegen die VO des LH gerichtet waren, vom VfGH als unzulässig zurückgewiesen.⁷⁶ Am 25.02.2021 stellte der VfGH schließlich fest, dass das vom Tiroler LH verordnete Betretungsverbot öffentlicher Orte gesetzwidrig war.⁷⁷ Grund dafür war wie bei der VO des BMSGPK die Überschreitung der gesetzlichen Grundlage, da auch hier das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 2 COVID-19-MG umgekehrt worden war. Dass das Tiroler Betretungsverbot zwar „kleinräumiger“ als das vom BMSGPK verhängte galt, indem sich der räumliche Anwendungsbereich der VO des LH eben nur auf das Tiroler Landesgebiet und nicht auf das gesamte Bundesgebiet bezog, änderte nichts an dieser Überschreitung der gesetzlichen Grundlage.⁷⁸

D. Aufenthalts-, Ein- und Ausreisebeschränkungen

§ 2 der VO des LH sah drei verschiedene ineinander greifende Maßnahmen vor, welche an verschiedene Personengruppen adressiert waren und durch welche die Ein- und Ausreise bzw dadurch der Aufenthalt im Landesgebiet im Allgemeinen reguliert werden sollten: Eine Ausreisepflicht, ein Einreiseverbot sowie ein Ausreiseverbot.

§ 2 Abs 1 der VO des LH verpflichtete österreichische Staatsbürger und Staatsangehörige ausländischer Staaten zum unverzüglichen Verlassen des Landesgebiets, sofern diese nicht über einen Wohnsitz in Tirol verfügten. Als Wohnsitz war dabei gem § 2 Abs 6 der VO der Haupt- und Nebenwohnsitz sowie der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts im Landesgebiet zu verstehen. Ausgenommen von dieser Ausreisepflicht waren lediglich Personen, die einer beruflichen Tätigkeit zur Aufrechterhaltung von kritischer Infrastruktur oder der Versorgungssicherheit nachgingen. § 2 Abs 2 der VO gestattete weiterhin die Einreise von Personen, welche über einen Wohnsitz in Tirol verfügten und sich bei Inkrafttreten der VO nicht im Landesgebiet aufhielten, sowie für Personen, welche eine der genannten beruflichen Tätigkeiten ausübten. Ebenfalls gestattet war die Einreise zur Besorgung wichtiger und unaufschiebbarer persönlicher Verpflichtungen (wie zB die Teilnahme an Begräbnissen). Ansonsten war die Einreise in das Landesgebiet jedoch untersagt. Neben diesem Einreiseverbot wurde in Abs 4 auch ein Ausreiseverbot für Personen mit Wohnsitz in Tirol verfügt, welche sich im Landesgebiet aufhielten. Ausgenommen davon war das notwendige Verlassen des Landesgebiets zur Deckung der Grundbedürfnisse und zu beruflichen Zwecken, sofern diese sich auf die Aufrechterhaltung der kritischen Infrastruktur sowie der

⁷⁴ So auch bereits im Sommer 2020 *Eller/Wachter*, ÖJZ 2021, 15 bei FN 49.

⁷⁵ Beispielsweise war das Betreten von öffentlichen Orten alleine oder nur mit im gemeinsamen Haushalt lebenden Personen (was insbesondere auch Spaziergänge ermöglichte), wie es in § 2 Z 5 der VO des BMSGPK vorgesehen war, in Tirol nicht erlaubt.

⁷⁶ VfGH 14.07.2020, G 180/2020-23, V 345-349/2020-23, G 181/2020-15, V 350-354/2020-15.

⁷⁷ VfGH 25.02.2021, V 570/2020-13.

⁷⁸ Vgl dazu die vom LVwG Tirol geäußerten Bedenken bei VfGH 10.12.2020, V 512/2020-2 Rz 7 sowie bei VfGH 10.12.2020, V 535/2020-17 Rz 13.

Versorgungssicherheit bezogen. Weiterhin erlaubt war gemäß § 2 Abs 5 die Durchreise durch das Landesgebiet auf dem kürzestmöglichen Weg ohne Zwischenstopp. Im Endeffekt sollten die einzelnen Regelungen des § 2 der VO des LH somit sicherstellen, dass sich möglichst nur noch Personen mit einem Wohnsitz in Tirol im Landesgebiet aufhielten und dieses nicht mehr verließen.

Im selben Erkenntnis, in welchem bereits das allgemeine Betretungsverbot öffentlicher Orte für gesetzwidrig befunden worden war,⁷⁹ stellte der VfGH eine Gesetzwidrigkeit auch für § 2 Abs 1 der VO des LH – also die Ausreisepflicht ohne Wohnsitz in Tirol – fest. Die Begründung war dabei dieselbe wie bereits beim Betretungsverbot: § 2 COVID-19-MG, welcher auch für diese Ausreisepflicht die gesetzliche Grundlage darstellte, ermächtigte nicht zu einer solchen Maßnahme, wodurch auch diese Bestimmung der VO des LH keine Deckung im Gesetz fand. Auch wenn der VfGH sich nicht mit dem Ausreiseverbot des § 2 Abs 4 der VO befasste, dürfte diese Bestimmung wohl aus demselben Grund ebenfalls gesetzwidrig gewesen sein.

E. Verbot der Zu- und Abfahrt zu bzw aus Gemeinden

In § 3 Abs 1 der VO des LH wurden die Zufahrt zu und die Abfahrt aus den Gemeinden im Landesgebiet verboten. Abs 2 sah eine Reihe von Ausnahmen von diesem grundsätzlichen Verbot vor, weiterhin erlaubt waren Fahrten der Blaulichtorganisationen (lit a), Versorgungsfahrten durch Zulieferer und Fahrten zur Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Daseinsvorsorge (lit b), Fahrten zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsfürsorge und Alten- und Krankenpflege (lit c) sowie Fahrten aus triftigen Gründen zur Deckung der Grundbedürfnisse (lit d). Ebenfalls war das Durchfahren der Gemeinden zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit und des freien Warenverkehrs gemäß § 3 Abs 3 weiterhin gestattet.

Bei diesem Verbot handelte es sich somit nicht um ein Betretungsverbot öffentlicher Orte, sondern um eine andere Form der Bewegungseinschränkung, indem Bewegungen zwischen Gemeinden möglichst limitiert werden sollten. Problematisch ist dabei vor allem, dass auch diese Bestimmungen auf § 2 COVID-19-MG gestützt waren: Unter dem Verbot des Betretens bestimmter Orte lassen sich die verhängten Zu- und Abfahrtsbeschränkungen, also ein Verbot des Überschreitens der Gemeindegrenzen, jedenfalls nicht subsumieren.⁸⁰ Anders als bei den Betretungsverboten – welche sich nur auf das COVID-19-MG hätten stützen können – führt diese mangelnde Deckung durch § 2 COVID-19-MG in diesem Fall jedoch nicht automatisch zu einer Gesetzwidrigkeit des verhängten Verbots: Es ist nämlich denkbar, dass das Verbot im EpiG eine passende gesetzliche Grundlage hätte finden können, wodurch die formell falsche Rechtsgrundlage sich nicht nachteilig auf die Rechtmäßigkeit der VO auswirken würde.⁸¹ Wie bereits oben erläutert, ermächtigte § 24 EpiG – welcher ganz allgemein die Verhängung von „Verkehrbeschränkungen“ vorsah – zu Beginn der Pandemie gemäß § 43 EpiG nur die Bezirksverwaltungsbehörden, solche Maßnahmen zu setzen. Am 05.04.2020 änderte sich dies jedoch, als mit Inkrafttreten des 3. COVID-19-Gesetzes

⁷⁹ VfGH 25.02.2021, V 570/2020-13.

⁸⁰ VfGH 10.12.2020, V 535/2020-17 Rz 28.

⁸¹ Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer formell falschen Rechtsgrundlage beim gleichzeitigen Vorhandensein einer passenden gesetzlichen Grundlage vgl. VfSlg 2276/1952, 2432/1952, 4375/1963, 9253/1981, 14.938/1997, 16.094/2001, 16.930/2003.

§ 43 Abs 4a EpiG eingefügt wurde, welcher nun den LH zum Setzen von landesweiten oder mehrere politischen Bezirke betreffenden Maßnahmen gemäß § 24 EpiG ermächtigte. Vom 19.03.2020 (an diesem Tag trat das Verbot der Zu- und Abfahrt in Kraft) bis zum Ablauf des 04.04.2020 konnte das vom LH verhängte Verbot noch nicht auf § 24 EpiG gestützt werden; die Beschränkungen waren in diesem Zeitraum somit mangels einer gesetzlichen Grundlage jedenfalls gesetzwidrig.⁸²

Für die letzten beiden Tage der Geltung der Verordnung bis zum Ablauf des 06.04.2020 stellt sich nun die Frage, ob sich das Verbot der Zu- und Abfahrt inhaltlich auf § 24 EpiG stützen ließe, welcher ab dem 05.04.2020 auch den LH zur Verhängung von Verkehrsbeschränkungen ermächtigte. Der Begriff der „Verkehrbeschränkungen“ in § 24 EpiG ist sehr weit gefasst; das Verbot des Verlassens der Gemeindegrenzen lässt sich demnach wohl darunter subsumieren, wodurch § 3 der VO des LH nun eine Deckung im Gesetz hatte. Eine andere Frage ist freilich, ob denn die inhaltliche Weite von § 24 EpiG den Erfordernissen des Legalitätsprinzips entspricht:⁸³ Zwar werden dem Verordnungsgeber dagegen Vorgaben gemacht, dass die zu verhängenden Verkehrsbeschränkungen „unbedingt erforderlich“ sein müssen (und nicht nur „erforderlich“ wie die Maßnahmen gemäß § 2 COVID-19-MG); allerdings ist der Begriff der „Verkehrbeschränkungen“ derart weit und unbestimmt, dass er im Hinblick auf das – in diesem Fall auf Grund der zu erwartenden Grundrechtseingriffe strengere – Bestimmtheitsgebot problematisch ist. Es ist wohl fraglich, ob § 24 EpiG einer Prüfung durch den VfGH im Hinblick auf Art 18 B-VG standhalten würde.

F. Verbot des Verlassens des eigenen Wohnsitzes

§ 4 Abs 1 der VO des LH untersagte das Verlassen des eigenen Wohnsitzes, wobei der Begriff des Wohnsitzes wie bereits im Zusammenhang mit den Ein- und Ausreisebestimmungen in § 2 der VO zu verstehen ist. Somit fallen darunter der Haupt- und Nebenwohnsitz sowie der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts im Landesgebiet. Weiterhin erlaubt war gemäß Abs 2 legit das Verlassen der eigenen Wohnung aus triftigen Gründen zur Deckung der Grundbedürfnisse, wobei ein derartiges Verlassen auf ein zeitlich und örtlich unbedingt notwendiges Minimum zu beschränken war. Diese triftigen Gründe wurden in Abs 5 näher erläutert; konkret fielen darunter die Ausübung beruflicher Tätigkeiten, die Inanspruchnahme medizinischer Versorgungsleistungen, sonstige Handlungen zur Deckung der Grundbedürfnisse (wie notwendige Einkäufe) und Handlungen zur Versorgung von Tieren. Bei einem solchen Verlassen des Wohnsitzes galt gemäß Abs 4 grundsätzlich weiterhin das Verbot des Übertretens der Gemeindegrenzen; nur, wenn die Grundbedürfnisse nachweislich nicht in der eigenen Gemeinde gedeckt werden konnten, durften die Gemeindegrenzen überschritten werden.⁸⁴

Dieses Verbot lässt sich noch weniger als das bereits behandelte Betretungsverbot öffentlicher Orte auf § 2 COVID-19-MG stützen: Hier wird bereits nach dem Wortlaut der VO

⁸² VfGH 10.12.2020, V 535/2020-17 Rz 31.

⁸³ Vgl dazu auch die diesbezüglich geäußerten Bedenken bei *Klaushofer et al*, ZÖR 2020, 764.

⁸⁴ Vgl § 3 Abs 2 lit d der VO.

nicht das Betreten bestimmter Orte, sondern das Verlassen eines bestimmten Ortes – des eigenen Wohnsitzes – mit nur wenigen Ausnahmen untersagt. Da bereits das Betretungsverbot öffentlicher Orte dem Regel-Ausnahme-Prinzip des COVID-19-MG zuwiderläuft, muss dies umso mehr für das noch strengere Verbot des Verlassens des eigenen Wohnsitzes gelten, wodurch die gesetzliche Ermächtigung durch dieses Verbot überschritten wurde. Auch handelt es sich bei diesem Verbot um keine Verkehrsbeschränkung, wodurch es auch nicht möglich ist, es auf § 24 EpiG zu stützen. Mangels gesetzlicher Grundlage war somit auch das Verbot des Verlassens des eigenen Wohnsitzes gesetzwidrig.⁸⁵

IV. Die Ausreisetestpflicht beim Verlassen Tirols

A. Die Situation Anfang 2021

Während die bis zu diesem Punkt behandelten Tiroler Maßnahmen zeitlich alle im Frühjahr 2020 zu Beginn der Ausbreitung der Pandemie in Österreich einzuordnen sind, soll nun noch mit der Ausreisetestpflicht für Tirol eine Maßnahme behandelt werden, welche ein knappes Jahr später Anfang 2021 gesetzt wurde. Anders als noch Anfang 2020 war diese speziell auf Tirol bezogene Maßnahme weniger auf besonders hohe oder rasch ansteigende Zahlen von an COVID-19 Erkrankten im Allgemeinen, sondern auf das vermehrte Auftreten der Virusvarianten B.1.351 („südafrikanische“ Mutation) und B.1.1.7 („britische“ Mutation) in Tirol, insbesondere im politischen Bezirk Schwaz, zurückzuführen. Diese Maßnahme wurde auf § 24 EpiG gestützt und bis zum heutigen Tag zweimal verhängt: Zunächst in Form einer VO des BMSGPK sowie nach einer kurzen Phase ohne Ausreisetestpflicht ein zweites Mal durch eine VO des Tiroler LH.

B. Die COVID-19-Virusvariantenverordnung

Am 12.02.2021 trat die COVID-19-VvV⁸⁶ in Kraft. Zunächst war diese bis zum 21.02.2021 befristet, ihre Geltung wurde im Anschluss schrittweise bis zum 03.03.2021⁸⁷ und bis zum 10.03.2021⁸⁸ verlängert, mit dessen Ablauf die VO wieder außer Kraft trat. In § 1 der COVID-19-VvV wurde deren örtlicher Anwendungsbereich festgelegt. Demnach galt die VO für das Bundesland Tirol mit Ausnahme des politischen Bezirks Lienz, der Gemeinde Jungholz sowie des Rißtals im Gemeindegebiet von Vomp und Eben am Achensee. Die VO traf somit Regelungen für Nordtirol, ausgenommen der Landesteile, die nur über das Ausland zu erreichen waren. Damit handelte es sich bei der VO des BMSGPK um partikuläres Bundesrecht, da sich ihr örtlicher Anwendungsbereich auf ein Gebiet erstreckte, welches kleiner als das gesamte Bundesgebiet war. § 2 COVID-19-VvV schrieb vor, dass die Grenzen des vom Anwendungsbereich der VO erfassten Gebiets nur beim Nachweis eines negativen Testergebnisses eines nicht länger als 48 Stunden zurückliegenden Antigen-Tests oder molekularbiologischen Tests auf SARS-CoV-2 überschritten werden durften. Insgesamt waren

⁸⁵ VfGH 10.12.2020, V 512/2020-12 (bezüglich § 4 Abs 1, 2 und 5) und VfGH 10.12.2020, V 535/2020-17 (bezüglich § 4 Abs 4).

⁸⁶ Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der zusätzliche Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 (Virusvariante B1.351) getroffen werden (COVID-19-Virusvariantenverordnung – COVID-19-VvV), BGBl II 2021/63.

⁸⁷ BGBl II 2021/85.

⁸⁸ BGBl II 2021/98.

in § 3 der VO fünf Kategorien von Ausnahmen von dieser Ausreisetestpflicht vorgesehen: Kinder bis zum vollendeten zehnten Lebensjahr (Z 1), die Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum (Z 2), Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sowie Angehörige von Rettungsorganisationen und der Feuerwehr (Z 3),⁸⁹ der Güterverkehr (Z 4) sowie Transitpassagiere oder die Durchreise ohne Zwischenstopp (Z 5).

Rechtliche Grundlage für die COVID-19-VvV bildete § 24 EpiG. Wie bereits oben erwähnt,⁹⁰ ist es seit Ende September 2020 durch § 43a EpiG auch dem BMSGPK möglich, diese Bestimmung als Rechtsgrundlage für allfällige Maßnahmen heranzuziehen. § 43a EpiG sieht dabei ein abgestuftes Zuständigkeitsregime („Kaskadenregelung“⁹¹ bzw. „Kaskadensystem“⁹²) für allfällige VO vor: Zunächst ist gem Abs 1 der BMSGPK für die Erlassung einer VO nach dem EpiG zuständig. Wird keine solche VO erlassen, ist gem Abs 2 der jeweilige LH zuständig. Erlässt auch dieser keine VO, ermächtigt schließlich Abs 3 die Bezirksverwaltungsbehörde dazu. Gleichzeitig können sowohl der LH als auch die Bezirksverwaltungsbehörde zusätzliche Maßnahmen setzen, die inhaltlich über bereits erlassene VO des BMSGPK bzw des LH hinausgehen; auf diese Weise können jedoch nur neue Beschränkungen erlassen bzw bestehende verschärft werden, nicht aber Lockerungen der Maßnahmen vorgenommen werden.⁹³ § 43a Abs 4 EpiG weist explizit auf die Möglichkeit hin, in den VO regionale Differenzierungen vorzunehmen. Gemäß § 43a Abs 5 EpiG können durch eine VO des BMSGPK allfällige VO des LH oder der Bezirksverwaltungsbehörde aufgehoben werden; Gleiches gilt für VO des LH in Bezug auf VO der Bezirksverwaltungsbehörden, die so ebenfalls aufgehoben werden können. Planen der LH oder die Bezirksverwaltungsbehörde, eine VO zu erlassen, haben sie dies gem § 43a Abs 6 EpiG vor deren Inkrafttreten dem BMSGPK mitzuteilen, wodurch diesem die Möglichkeit einer präventiven Kontrolle eingeräumt wird.

Vergleicht man diese Zuständigkeitsregelung mit dem „alten“ § 2 COVID-19-MG,⁹⁴ auf den die oben behandelten im Frühjahr 2020 gesetzten Maßnahmen gestützt waren, unterscheiden sich diese Bestimmungen doch erheblich voneinander: Während nach § 2 COVID-19-MG aF die jeweilige Zuständigkeit klar nach dem örtlichen Anwendungsbereich der zu erlassenden VO abgegrenzt war und somit der BMSGPK nur zum Erlassen von VO, die das gesamte Bundesgebiet betrafen und die Landeshauptleute nur für VO, die im gesamten Landesgebiet oder zumindest in mehreren politischen Bezirken gelten sollten, zuständig waren, ist der BMSGPK nach § 43a EpiG ganz allgemein zum Erlassen von VO ermächtigt – unabhängig davon, auf welches Gebiet sich diese beziehen sollen. Gem § 2 COVID-19-MG aF wäre somit eine Maßnahmensextrusion über partikuläres Bundesrecht – so wie im vorliegenden Fall – gar

⁸⁹ Mit BGBl II 2021/85 wurde diese Ausnahme auf die Ausübung der beruflichen Tätigkeit der angeführten Personen eingeschränkt; nach dem Wortlaut der StF der COVID-19-VvV wäre dieser Personengruppe prinzipiell das Verlassen des Landesgebiets aus sämtlichen – und somit auch privaten – Gründen ohne negatives Testergebnis erlaubt gewesen, was wohl dem Zweck der VO widersprochen hätte.

⁹⁰ Siehe oben II.C.

⁹¹ IA 826/A 27. GP 8; AB 370 BlgNR 27. GP 2 und 10; Gamper in EZFF(im Druck).

⁹² Bußjäger/Bundschuh-Riesener, ZfG 2020, 120 f.

⁹³ Bußjäger/Bundschuh-Riesener, ZfG 2020, 121.

⁹⁴ IdF BGBl I 2020/23. Mit BGBl I 2020/104 wurde das COVID-19-MG umfassend novelliert, seitdem findet sich in § 7 COVID-19-MG dieselbe Zuständigkeitsregelung wie in § 43a EpiG.

nicht möglich gewesen. Ob der LH bzw die Bezirksverwaltungsbehörde Regelungen auf der Grundlage von § 43a EpiG treffen können, hängt nun im Wesentlichen davon ab, ob der BMSGPK davon absieht, selbst eine VO zu erlassen. Selbst wenn diese dadurch zum Erlassen einer VO ermächtigt sind, kann der BMSGPK diese gem § 43a Abs 5 jederzeit aufheben, was auch der Kontrollmöglichkeit des BMSGPK gem § 43a Abs 6 EpiG besonderes Gewicht verleiht.

Problematisch an dieser weitreichenden Vollziehungskompetenz des BMSGPK ist, dass das EpiG und das COVID-19-MG unter den Kompetenztatbestand „Gesundheitswesen“ gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG fallen⁹⁵ und – mangels einer Anführung des Gesundheitswesens in Art 102 Abs 2 B-VG – gem Art 102 Abs 1 B-VG in mittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen sind. Grundsätzlich sind zur Vollziehung dieser Gesetze somit der LH und die ihm unterstellten Bezirksverwaltungsbehörden berufen. Gesetzliche Regelungen, welche diese zentrale Stellung des LH im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung unterwandert haben, wurden vom VfGH wiederholt aufgehoben.⁹⁶ Trotzdem ist es dem Gesetzgeber gestattet, eine unmittelbare Vollziehung durch den jeweiligen BM vorzusehen, sofern dadurch nicht die mittelbare Bundesverwaltung ausgeschaltet wird.⁹⁷ Indem nun in § 43a EpiG (und in § 7 COVID-19-MG) die Zuständigkeit des LH davon abhängig gemacht wird, ob der BMSGPK die Erlassung einer VO auf Landesebene zulässt oder nicht und dem BMSGPK das Recht eingeräumt wird, bereits erlassene VO des LH jederzeit aufzuheben, ist es wohl fraglich, ob diese Bestimmung noch mit dem System der mittelbaren Bundesverwaltung vereinbar ist.⁹⁸ Hier wird der BMSGPK dazu ermächtigt, bezogen auf Corona-Maßnahmen die mittelbare Bundesverwaltung auszuschalten und das EpiG sowie das COVID-19-MG in unmittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen. Andererseits ist jedoch festzuhalten, dass es sich bei den beiden genannten Bestimmungen jeweils nur um Sonderzuständigkeiten bezüglich COVID-19-handelt. Insbesondere die „normale“ Zuständigkeitsverteilung im EpiG, welche sich auf alle anderen anzeigenpflichtigen Krankheiten bezieht, sieht weiterhin eine Zuständigkeit der Bezirksverwaltungsbehörden bzw der LH vor, wodurch sich die im Hinblick auf die mittelbare Bundesverwaltung problematische Zuständigkeit des BMSGPK nur auf die Sonderfälle bezüglich COVID-19 beschränkt. Auch die dem BMSGPK in § 43a Abs 5 EpiG eingeräumte Möglichkeit der direkten Derogation einer VO des jeweiligen LH stellt im Vergleich zur alten Rechtslage keine übermäßige Erweiterung der Kompetenz des BMSGPK dar: Bereits zuvor hätte dieser ja die Aufhebung einer VO des LH im Wege einer Weisung erwirken können. Vor diesem Hintergrund dürfte § 43a EpiG wohl noch verfassungskonform sein, da diese Bestimmung nur einen Aspekt von der grundsätzlichen Vollziehung des EpiG in mittelbarer Bundesverwaltung ausnimmt; von einer „Ausschaltung“ der mittelbaren Bundesverwaltung kann diesbezüglich nicht die Rede sein.

Bezogen auf die gesetzliche Grundlage der Ausreisetestpflicht, § 24 EpiG, lässt sich diese Verpflichtung unter den Begriff der „Verkehrbeschränkungen“ subsumieren. Eine andere Frage ist jedoch, ob diese (beinahe) landesweiten Beschränkungen auch zum Schutz vor einer weiteren Verbreitung der Erkrankung „unbedingt erforderlich“ waren. Da die

⁹⁵ Zu dieser „Superkompetenz des Bundes“ s Gamper in EZFF(im Druck).

⁹⁶ VfSlg 8466/1978, 19.123/2010.

⁹⁷ VfSlg 11.403/1987, 20.206/2017; VfGH 26.06.2020, E 248/2019; Grabenwarter/Frank, Bundes-Verfassungsgesetz und Grundrechte (2020) Art 102 B-VG Rz 6; Muzak, B-VG⁶ Art 102 B-VG Rz 6.

⁹⁸ Vgl dazu die Bedenken bei Gamper in EZFF(im Druck).

„südafrikanische“ Virusvariante, mit deren Verbreitung die VO ja begründet worden war, vor allem im politischen Bezirk Schwaz vermehrt nachgewiesen worden war, wäre eine kleinräumigere, auf diesen Bezirk beschränkte Ausreisetestpflicht – auch im Hinblick auf eine Verhinderung der Verbreitung der Virusvariante im restlichen Landesgebiet, welche durch die COVID-19-VwV ja gar nicht erst versucht wurde – möglicherweise verhältnismäßiger gewesen.

C. Die VO des Tiroler LH vom 29.03.2021

Nachdem die insgesamt zweimal verlängerten Beschränkungen der COVID-19-VwV mit Ablauf des 10.03.2021 ausgelaufen waren, wurde aufgrund des vermehrten Auftretens der „britischen“ Virusvariante in Tirol knapp drei Wochen später am 29.03.2021 im Wege einer VO des Tiroler LH eine erneute Ausreisetestpflicht verhängt.⁹⁹ Die VO des LH stützte sich auf § 24 iVm § 43a Abs 2 EpiG und konnte (wie bereits oben erläutert)¹⁰⁰ vom LH erlassen werden, da der BMSGPK keine neuerliche VO erlassen hatte. Diese galt zunächst für dasselbe Gebiet wie die COVID-19-VwV bis zum 14.04.2021 und wurde am 13.04.2021 auf das Gebiet des politischen Bezirks Lienz ausgeweitet¹⁰¹ sowie bis zum 24.04.2021 verlängert.¹⁰² Nach einer geringfügigen Novellierung, die einen neuen Ausnahmetatbestand von der Ausreisetestpflicht einführte,¹⁰³ wurde die Testpflicht aufgrund der weiterhin steigenden Infiziertenzahlen am 22.04.2021 bis zum 05.05.2021 verlängert.¹⁰⁴

Inhaltlich ähnelt die VO des LH stark der COVID-19-VwV, in einzelnen Details weicht sie jedoch von dieser ab: So gilt die Ausreisetestpflicht nun nicht mehr generell beim Verlassen des Landesgebiets, sondern nur, wenn die ausreisende Person einen Wohnsitz im Landesgebiet hat oder sich länger als 24 Stunden in diesem aufgehalten hat. Insbesondere Tagespendler, welche von außerhalb des Landesgebiets nach Tirol pendeln, waren von der Ausreisetestpflicht somit – anders als noch unter den Regelungen der COVID-19-VwV – nicht mehr betroffen. Auch die Ausnahme des § 3 Z 5 COVID-19-VwV für Transitpassagiere oder die Durchreise ohne Zwischenstopp wurde damit hinfällig, da diese Bewegungen von vornherein nicht mehr in den Anwendungsbereich der neuen VO fielen. Mit der VO des LH wurde darüber hinaus die Gültigkeit eines molekularbiologischen Tests (nicht aber eines Antigen-Tests) für die Ausreise verlängert, dieser berechtigt nun für 72 Stunden zum Verlassen des Landesgebiets. Der Ausnahmenkatalog in § 3 Abs 1 der VO ist ebenfalls etwas umfangreicher formuliert als noch in der COVID-19-VwV: Zusätzlich zu drei aus der COVID-19-VwV

⁹⁹ Verordnung des Landeshauptmanns vom 29. März 2021 über zusätzliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Verbreitung der COVID-19-Virusvariante B.1.1.7/E484K betreffend die Ausreise aus Tirol, Tir LGBI 2021/51.

¹⁰⁰ Siehe IV.B.

¹⁰¹ Bereits im Vorfeld war es aufgrund der steigenden Infiziertenzahlen in Osttirol (zeitweise wies der Bezirk Lienz die höchste Sieben-Tages-Inzidenz von ganz Österreich auf) zur Ausreisetestpflicht für einzelne Gemeinden gekommen; vgl die VO der Bezirkshauptmannschaft Lienz vom 9. April 2021, kundgemacht im Boten für Tirol vom 9. April 2021, Stück 14a, Nr 141.

¹⁰² Tir LGBI 2021/59.

¹⁰³ Tir LGBI 2021/63.

¹⁰⁴ Tir LGBI 2021/66.

übernommenen Ausnahmen¹⁰⁵ werden der Betrieb und die Aufrechterhaltung von Einrichtungen der Gesundheitsfürsorge (lit d), der Betrieb und die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Infrastrukturen und der Einrichtungen der Daseinsvorsorge (lit e), die Aufrechterhaltung der allgemeinen Versorgung (lit f), die Aufrechterhaltung des Lieferverkehrs zwischen Betrieben und Betriebsstätten von Betrieben sowie für die Durchführung notwendiger unaufschiebbarer Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten (lit g), der Betrieb und die Aufrechterhaltung des öffentlichen Personennahverkehrs (lit h), die Versorgung mit Grundgütern des täglichen Lebens und die Deckung der Grundbedürfnisse, wenn dies nicht innerhalb des Landesgebiets möglich ist (lit i), die Wahrnehmung von unaufschiebbaren behördlichen oder gerichtlichen Wegen (lit j), Schülerinnen und Schüler (lit k) sowie die Ausreise, um einen Zielort im Landesgebiet zu erreichen, der aufgrund behördlicher Straßensperren nicht (bzw. nur über einen unzumutbaren Umweg) anderweitig erreicht werden kann (lit m) angeführt.

Im Ergebnis ist somit im Vergleich zur COVID-19-VW ab dem 13.04.2021 der örtliche Anwendungsbereich der VO des LH durch die Miteinbeziehung von Osttirol weiter gefasst. Gleichzeitig unterwirft die VO aber auch weniger Fälle der Ausreisetestpflicht, indem zum einen der persönliche Anwendungsbereich enger (indem sich die VO nur auf Personen mit Wohnsitz in Tirol bzw. einem länger als 24 Stunden andauernden Aufenthalt bezieht) und zum anderen die Ausnahmen von der Testpflicht weiter formuliert sind.

V. Zusammenfassung und Fazit

Zusammenfassend lässt sich gut beobachten, dass sowohl die einzelnen Maßnahmen zur Verhinderung (bzw. zumindest Verlangsamung) der weiteren Ausbreitung von COVID-19 als auch die Art und Weise, wie diese gesetzt wurden, wesentlich von den zur Verfügung stehenden gesetzlichen Grundlagen abhingen, welche zum jeweiligen Zeitpunkt die Möglichkeit eröffneten, Verordnungen zu erlassen. Mögliche verfassungsrechtliche Probleme können in weiterer Folge auf zwei Ebenen auftreten: Zum einen, indem bereits die gesetzliche Grundlage verfassungswidrig sein könnte, zum anderen, indem sich die auf eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Rechtsgrundlage gestützten Verordnungen als gesetzwidrig erweisen könnten. Beide Varianten führen im Ergebnis zu einer Rechtswidrigkeit der jeweils gesetzten Maßnahme.

Gerade im Zusammenhang mit den Verordnungen, welche vor dem 15.03.2020 und somit vor dem Inkrafttreten des COVID-19-MG bzw. den in weiterer Folge erfolgten Novellierungen des EpiG erlassen wurden, wird ersichtlich, dass das „alte“ EpiG eine nur unzureichende Grundlage für landesweit (und schon gar bundesweit) einheitlich zu verhängende Maßnahmen darstellte, weswegen der BMSGPK bzw. der Tiroler LH in dieser Zeit auf das – zur Maßnahmensexektion wohl nicht optimale – Steuerungsinstrument des Erlasses an den LH bzw. die Bezirksverwaltungsbehörden zurückgreifen mussten. Mit Inkrafttreten des COVID-19-MG wurde eine neue gesetzliche Grundlage geschaffen, an deren Verfassungsmäßigkeit jedoch – insbesondere in Bezug auf die rechtsstaatlichen Anforderungen des Legalitätsprinzips – recht bald Zweifel gehegt wurden. Während der VfGH diesbezügliche

¹⁰⁵ Kinder bis zehn Jahre (lit a), Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum (lit b), Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes und Angehörige von Rettungsorganisationen und Feuerwehr (lit c).

Bedenken an § 2 COVID-19-MG aus dem Weg räumte,¹⁰⁶ stellte sich doch heraus, dass insbesondere das vom Tiroler LH verordnete Verbot des Betretens öffentlicher Orte,¹⁰⁷ die Aufenthalts-, Ein- und Ausreisebeschränkungen für das Landesgebiet,¹⁰⁸ die Beschränkung der Zu- und Abfahrt zu bzw aus den Tiroler Gemeinden¹⁰⁹ sowie das Verbot des Verlassens des eigenen Wohnsitzes¹¹⁰ wegen Überschreitung der gesetzlichen Grundlage zumindest für die längste Zeit bis zu ihrem Außerkrafttreten¹¹¹ gesetzwidrig waren.

Im Gegensatz zu diesen Maßnahmen scheint die bis zum heutigen Tag zweimal verhängte Ausreisetestpflicht aus Tirol ihre gesetzliche Grundlage – § 24 iVm § 43a EpiG – nicht zu überschreiten. Hier stellt sich im Gegenzug allerdings die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit ebendieser gesetzlichen Grundlage: Zum einen könnte die Ermächtigung des § 24 EpiG, welche ganz allgemein von „Verkehrbeschränkungen“ spricht, im Hinblick auf das Determinierungsgebot zu weit gefasst sein und dem jeweiligen Verordnungsgeber dadurch einen zu großen Gestaltungsspielraum einräumen, welcher nicht mit Art 18 B-VG vereinbar ist. Zum anderen sieht § 43a EpiG faktisch einen absoluten Vorrang der Zuständigkeit des BMSGPK vor den LH bzw den Bezirksverwaltungsbehörden vor, was wiederum im Hinblick auf das System der mittelbaren Bundesverwaltung – im welchem die Angelegenheiten des Gesundheitswesens gemäß Art 102 Abs 1 iVm Abs 2 B-VG zu vollziehen sind – problematisch sein könnte. Letztlich bleibt es wohl abzuwarten, ob die VO des Tiroler LH vom 29.03.2021 sowie die COVID-19-VvW – sollte es zu solch einem Verfahren kommen – einer allfälligen Überprüfung durch den VfGH standhalten würden.

¹⁰⁶ VfGH 14.07.2020, V 363/2020-25.

¹⁰⁷ VfGH 25.02.2021, V 570/2020-13.

¹⁰⁸ VfGH 25.02.2021, V 570/2020-13.

¹⁰⁹ VfGH 10.12.2020, V 535/2020-17.

¹¹⁰ VfGH 10.12.2020, V 512/2020-12 und VfGH 10.12.2020, V 535/2020-17.

¹¹¹ Lediglich das Verbot des Überschreitens der Gemeindegrenzen konnte für die letzten beiden Tage bis zu seinem Außerkrafttreten (am 05. und 06.04.2020) auf § 24 iVm dem neuen (durch BGBl I 2020/23 eingefügten) § 43 Abs 4a EpiG gestützt werden.